# Die Strafprozeßnovelle vom 28. Juni 1935

(Gesetz zur Änderung von Vorschriften des Strafverfahrens und des Gerichtsverfassungsgesetzes RGBl I S. 844)

## insbesondere ihre Maßnahmen zur Wahrung der Rechtseinheit

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde
einer Hohen Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät
(Wirtschaftswissenschaftliche Abteilung)
der Eberhard-Karls-Universität
zu Tübingen

vorgelegt von

HARTMUT WENDELSTEIN

Gerichtsreferendar aus Ulm a. D.

1938

Buchdruckerei Albert Becht, Tübingen, Hirschgasse 16

Obmann: Professor Dr. Eißer

1. Berichterstatter: Professor Dr. Kern

2. Berichterstatter: Dr. habil. Bockelmann

Tag der mündlichen Prüfung: 25. Oktober 1938

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

# Inhaltsübersicht.


Seite

Schrifttumsverzeichnis . . . . . 4

Erstes Kapitel. Die Strafprozessnovelle vom 28. Juni 1935 im allgemeinen

§ 1. Grundgedanken . . . . . 9

§ 2. Freiere Stellung des Richters . . . . . 11

§ 3. Freiere Stellung der Staatsanwaltschaft . . . . 24

§ 4. Gesteigerte Autorität der Strafverfolgung . . . . 28

§ 5. Die Prozeßnovelle als Teilreform des Strafverfahrensrechts. 32

Zweites Kapitel. Die Revision nach der Prozeßnovelle vom 28. Juni 1935

§ 6. Grundsätzliches . . . . . 39

§ 7. Revisionsgründe nach der Novelle . . . . . 48

§ 8. Voraussetzungen der Revision . . . . . 58

§ 9. Zum Revisionsverfahren . . . . . 62

§ 10. Die Schlußentscheidung . . . . . 69

Drittes Kapitel. Der Große Senat

§ 11. Geschichtliches und Vergleichendes . . . . . 75

§ 12. Bildung und Zusammensetzung des Großen Senats . . 83

§ 13. Die Tätigkeit der Großen Senate . . . . . 86

§ 14. Bisherige Rechtsprechung der Großen Senate . . . 102

Viertes Kapitel. Wahrung der Rechtseinheit unter den höchsten deutschen Gerichtshöfen

§ 15. Rechtseinheit der gesamten Strafrechtspflege . . . 114

§ 16. Notwendigkeit der Rechtseinheit auf dem gesamten Gebiet des Rechts . . . . . 120

## Schrifttumsverzeichnis


Adickes, Franz: Grundlinien durchgreifender Justizreform. 1906.

Arbeitsberichte der Akademie für Deutsches Recht Nr. 6: Zur Neugestaltung des Strafverfahrens der Wehrmacht. Bericht des Arbeitsausschusses für Wehrstrafrecht der Akademie Deutsches Recht. Gesamtbearbeitung Ministerialrat Grau. 1938. (Grau, Bericht.)

Amtliche Sonderveröffentlichungen der Deutschen Justiz Nr. 10: Die Strafrechtsnovellen vom 28. Juni 1935 und die amtlichen Begründungen zu diesen Gesetzen. Berlin 1935. (Amtl. Begr.).

Baumbach, Adolf: Zivilprozeßordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz. Kurzkommentar, 14. Aufl. 1938 (Baumbach).

Beiträge zur Rechtserneuerung, Heft 3: Der Volksrichter in der neuen deutschen Strafrechtspflege, hsg. von Roland Freisler 1937. (Der Volksrichter . . .).

Beling, Ernst: Deutsches Reichsstrafprozeßrecht mit Einschluß des Strafgerichtsverfassungsrechts. 1928.

Bepler, Hans J. R.: Uebersicht über die Rechtsprechung der deutschen Gerichte zur entsprechenden Anwendung von Strafgesetzen. JW 1938, S. 1553.

Blomeyer-Gerland-Zeiler: Entwurf eines Gesetzes zur Förderung der Rechtssicherheit, DJZ 1931, Sp. 1348.

Bruns, Hansjürgen: Die Bestrafung aus dem mildesten Gesetz bei wahldeutiger Feststellung (§ 2b StGB). D Str 1936, S. 277.

Dahm, Georg: „Verbrechen und Tatbestand" in Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft. 1935.

Denkschrift des NSRechtswahrerbundes. Neuordnung des Strafverfahrensrechts, hsg. i. A. von Otto Rilk. 1937.

Dohna, Graf, zu: Das alternative Urteil. ZgesStW Bd. 55 (1936), S. 576 ff.

— —: Die Stellung des Reichsgerichts zum neuen Strafgesetzbuch. RGPraxis V, S. 30 ff.

Eisner: Einheitlichkeit der Rechtsprechung im Oberlandesgerichtsbezirk. DJZ 1928, Sp. 1164.

Festschrift zum 60. Geburtstag von Graf W. Gleispach. Gegenwartsfragen der Strafrechtswissenschaft. Dahm, Gallas u. a. 1936.

Freisler, Roland: Die Strafrechtsnovellen vom Juni 1935. JDR 1935, S. 520 f.

— —: Nationalsozialistisches Recht und Rechtsdenken. Heft 4 der Schriftenreihe des Reichsverbandes deutscher Verwaltungsakademien. Berlin 1938.

— —: Dringende Fragen der deutschen Strafgerichtsorganisation und des deutschen Strafverfahrens. D Str Bd. 3, 1936, S. 305 ff.

— —: Etwas über Führertum in der Rechtspflege. Schriften der Akademie für Deutsches Recht, Sonderdruck Nr. 1. Berlin 1935.

Freisler, Dahm u. a.: Zur Neugestaltung des Strafverfahrens und Strafvollzugs, Sonderdruck aus der Zeitschrift Deutsches Strafrecht (Heft 8 und 9), hsg. von Freisler 1935.
Fuchs, Ernst: Der horror pleni, LZ 1927/83.
Gaupp-Stein-Jonas: Kommentar zur Zivilprozeßordnung, 15. Aufl. 1934.
Gerland, Heinrich: Das Reichskriegsgericht und die deutsche Rechtseinheit. ZWehrR Bd. 1, S. 264 ff.
Görres: Anmerkung zum Urteil des II. Strafsenats des RG vom 7. 10. 26 in JW 1927, S. 1268 zu Nr. 26.
Grau, Dörken u. a.: Wehrstrafrecht und allgemeines Strafrecht. Beiträge zur Rechtserneuerung, Heft 2, hsg. von Freisler 1938.
Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft, hsg. von Karl Larenz. Berlin 1935.
Grau: Zur Neugestaltung des Strafverfahrens der Wehrmacht (Grau, Be-Bericht) s. Arbeitsberichte .....
Gündel-Hartung-Niethammer: Ergänzungsband zu Löwe-Hellweg-Rosenberg, StPO nebst GVG, 19. Aufl. 1936. (Gündel-Hartung-Niethammer ErgBd).
Günther, Hermann: Befreiung des RG von der Fessel veralteter Entscheidungen. I. Eine Erwiderung. ZAkDR 1937, S. 301.
Gürtner, Franz: Das kommende deutsche Strafverfahren, Bericht der amtlichen Strafprozeßkommission. 1938.
— —: Beim Festakt zur Einführung des Großen Senates am 21. November 1935. VB Südd.A. Nr. 326 v. 22. 11. 1935.
Hahn: Die gesammelten Materialien zur Strafprozeßordnung. 1. Abteilung 1880.
Hartung, Fritz: Die Rechtsmittel nach dem Vorentwurf einer neuen Strafverfahrensordnung. ZgesStW 57/89.
Henkel, Heinr.: Die Hauptverhandlung im kommenden Strafverfahren, D Str 1935, S. 401 ff.
— —: Die Unabhängigkeit des Richters in ihrem neuen Sinngehalt, in: Der deutsche Staat der Gegenwart, hsg. von Carl Schmitt, Heft 10. 1934.
Hiller: Reichsgericht contra Oberverwaltungsgericht, DJZ 1930/1389.
Hofacker, Wilhelm: Zum Entwurf eines Gesetzes zur Wahrung der Rechtseinheit. GS 93 (1926)/267.
Jahn: Widersprechende höchstrichterliche Entscheidungen. JW 1931, S. 1778.
Jourdan: Eine unzulässige Umgehung des § 136 GVG. JW 1925, S. 929.
Keber, Hermann: Gegen das Verbot der reformatio in peius. Spandau 1892.
Kern, Eduard: Die Grundgedanken des neuen Gerichtsverfassungsrechts. 1936.
— —: Das Führertum in der Rechtspflege. Rektroratsrede 1935. Freiburger Universitätsreden Heft 18.
— —: Der Einfluß der Strafrechtsreform auf Gerichtsverfassung und Strafverfahren. JW 1929, S. 2670.
— —: Der gesetzliche Richter. Oeffentlichrechtliche Abhandlungen, 8. Heft. 1927.
Klee, Hans Joachim: Die Bestimmung des Umfangs der Beweisaufnahme im Strafverfahren. 1937.
Klingebiel, Josef Hans: Die Gerichtsverfassung des Strafprozesses in ihrer Entwicklung seit 1879. Diss. Göttingen 1936.

Kohlrausch, Eduard: StGB mit Erläuterungen, 33. Aufl. 1937.

Köhler, Ludwig von: Grundlehren des deutschen Verwaltungsrechts. 1935.

Lauterjung, Friedrich: Die Einheit der Rechtsprechung innerhalb der höchsten Gerichte u. bes. Berücksichtigung des Reichsgerichts, in Strafrechtliche Abhandlungen, hsg. von August Schoetensack Bd. 69, Heft 300. 1932.

Lehmann, Rudolf: Die Strafprozeßnovelle vom 28. Juni 1935 (Erster Teil), JW 1935, S. 2327.

— —: Die Strafprozeßnovelle vom 28. Juni 1935. DJ 1935, S. 999.

— —: Die reformatio in peius in der Revisionsinstanz. JW 1935, S. 696 ff.

Lobe, Adolf: „Fünfzig Jahre Reichsgericht". 1929.

Löning, Georg, A.: Befreiung des Reichsgerichts von der Fessel veralteter Entscheidungen. ZAkDR 1937, S. 139 ff.

Löwe-Hellweg-Rosenberg: Die Strafprozeßordnung für das Deutsche Reich nebst dem Gerichtsverfassungsgesetz. Kommentar. 19. Aufl. 1934, bearb. von Gündel, Hartung, Lingemann, Niethammer (Löwe-Hellweg).

Mannheim, Hermann (Jude): Beiträge zur Lehre von der Revision wegen materiellrechtlicher Verstöße im Strafverfahren. Abhandlungen aus der Berliner juristischen Fakultät 1925.

Nagler: Das Zwischenverfahren, GS 111/342 ff.

Niethammer, Emil: Das Reichsgericht als Schrittmacher der Entwicklung des Strafverfahrens nach geltendem Recht und in Zukunft. D Str 1937/125.

— —: Ungeschriebenes Strafrecht, ZgesStW 55/745.

Pagendarm, Kurt: Verstöße gegen die Denkgesetze, die Erfahrungssätze und das Ermessen als Revisionsgründe. Diss. Marburg 1928, Quakenbrück.

Peters, Karl: Zur Neuordnung des Strafverfahrens, ZgesStW 56/34 ff.

Pohle, Rudolf: Revision und neues Strafrecht. Leipziger rechtswissenschaftliche Studien, hsg. von der Leipziger Juristenfakultät, Heft 56 (1930).

Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben. Festgabe der juristischen Fakultät zum 50jährigen Bestehen des Reichsgerichts. Hsg. von Otto Schreiber, Bd. 5: Strafrecht und Strafprozeß. Leipzig und Berlin 1929 (RGPraxis).

Rempe, Heinrich: Die Strafprozeßnovelle vom 28. Juni 1935, Dritter Teil. JW 1935, S. 2334.

Siegert, Karl: Das Reichskriegsgericht als Hüter der Rechtseinheit und Gerechtigkeit im Wehrrecht. ZWehrR Bd. 1, S. 258.

Schäfer-Dohnanyi: Die Strafgesetzgebung der Jahre 1931—1935. Nachtrag zur 18. Aufl. des Kommentars von Reinhard Frank zum Reichsstrafgesetzbuch. Tübingen 1936.

Schäfer, Ernst: Die leitenden Gedanken der beiden Gesetze zur Aenderung des Strafgesetzbuches sowie zur Aenderung des Strafverfahrens und des Gerichtsverfassungsgesetzes vom 28. Juni 1935. DJ 1935, 991 ff.

Schäfer, Karl: Das Gesetz zur Aenderung des Strafgesetzbuches vom 28. Juni 1935, JW 1935, S. 2323.

Schäfer-Lehmann-Dörffler: Die Novellen zum Strafrecht und Strafverfahren von 1935. Erläutert von .... 1936.

Schiffer: Rechtseinheit, DJZ 1931, Sp. 654.

Schlüter, Franz: Die Strafprozeßnovelle vom 28. Juni 1935. Zweiter Teil, JW 1935, S. 2329.

Scholz, Franz: Die Verwaltungsgerichtsbarkeit im Dritten Reich nebst Entwurf einer Reichsverwaltungsgerichtsordnung. 1936.

Schoppe, Günther: Revision und Kassation. Diss. Halle 1935.

Schwarz, Otto: Die jüngsten Strafrechtsnovellen als Pioniere der großen Strafrechtsreform, ZAkDR 1936/116.

— —: Der neue Strafprozeß auf Grund des Gesetzes vom 28. Juni 1935, DJZ 1935, Sp. 925.

— —: Die Strafrechtsnovellen vom 28. 6. 35. GS 106/243 ff.

— —: Die reformatio in peius in der Revisionsinstanz, JW 1935, S. 3347.

— —: Die Rechtsanalogie in der Praxis, ZAkDR 1935, S. 287 ff.

— —: Berufung oder Revision? D Str 1935, S. 24 ff.

— —: Strafprozeßordnung, Kurzkommentar, 4. Aufl. 1935.

Schwinge, Erich: Grundlagen des Revisionsrechts. Rechtsdogmatisch, rechtsvergleichend, rechtspolitisch. Heft 4 der Rechtsvergleichenden Untersuchungen zur gesamten Strafrechtswissenschaft. Heft 4, 1935 (Schwinge, Grundlagen).

— —: Die Fortbildung des Revisionsgerichts durch die Rechtsprechung des Reichsgerichts. JW 1938, S. 769 ff.

Tismer, Heinz: Die Revision wegen sachl.-rechtlicher Verstöße im Strafverfahren unter bes. Berücksichtigung der Stellung des Reichsgerichts als Wahrer der Rechtseinheit. Diss. Halle 1935.

Wach: Vorträge über die Reichszivilprozeßordnung, 2. Aufl. 1896.

Weber, Alfred: Die Wahrung der Rechtseinheit in Strafsachen, JW 1929, S. 2678.

Weber, Helmuth von: Rechtseinheit und Rechtsprechung. 1929.

Weismann, Jakob: Einheitliches Recht und einheitliche Rechtsprechung. Eine akademische Antrittsrede. ZZP Bd. 9, S. 169 ff.

Wied, Karl Viktor, Prinz zu: Die alternative Feststellung im Strafrecht. Würzburger Abhandlungen zum deutschen und ausländischen Prozeßrecht. 1936.

Zeiler, Alois: Ein Gerichtshof für bindende Gesetzesauslegung. München und Berlin 1911.

## Abkürzungen

ArchRuWPhil = Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie mit besonderer Berücksichtigung der Gesetzgebungsfragen.

DJZ = Deutsche Juristenzeitung, hsg. von Carl Schmitt.

DJ = Deutsche Justiz, Rechtspflege und Rechtspolitik, hsg. vom Reichsminister der Justiz, Dr. Franz Gürtner, bearb. von K. Krug.

DR = Deutsches Recht. Zentralorgan des NSRechtswahrerbundes, hsg. von Hans Frank.

DStr = Deutsches Strafrecht, Neue Folge (seit 1934), hsg. von Roland Freisler.

GS = Der Gerichtssaal. Zeitschrift für Zivil- und Militärstrafrecht und Strafprozeßrecht sowie die ergänzenden Disziplinen, hsg. von Oetker, Schoetensack, Nagler.

GoltdArch = Goltdammer, Archiv für Strafrecht und Strafprozeßrecht.

HansRGZ = Hanseatische Rechts- und Gerichtszeitschrift.

JDR = Jahrbuch des Deutschen Rechts. Neue Folge (seit 1934), hsg. von Schlegelberger, Freisler u. a.

JW = Juristische Wochenschrift. Organ der Reichsfachgruppe Rechtsanwälte des NSRechtswahrerbundes, hsg. von RA Walter Raeke.

KVJS = Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft.

LZ = Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht. Zuletzt hsg. von Hans Schuler.

RVBl = Reichsverwaltungsblatt.

Str.Abh. = Strafrechtliche Abhandlungen, hsg. von August Schoetensack.

VB = Völkischer Beobachter.

ZAkDR = Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht, hsg. von Hans Frank.

ZgesStW = Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, hsg. von Kohlrausch, Graf Gleispach, Gallas.

ZWehrR = Zeitschrift für Wehrrecht, hsg. von der Akademie für Deutsches Recht, gel. von Heinrich Dietz.

ZZP = Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß.

RGSt = Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen, hsg. von Mitgliedern des Gerichtshofs und der Reichsanwaltschaft.

RGZ = Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen, hsg. von Mitgliedern des Gerichtshofs und der Reichsanwaltschaft.

RAG = Entscheidungen des Reichsarbeitsgerichts, hsg. von den Mitgliedern des Gerichtshofs.

RFinH = Sammlung der Entscheidungen und Gutachten des Reichsfinanzhofes, hsg. vom Reichsfinanzhof.

Warn = Die Rechtsprechung des Reichsgerichts auf dem Gebiete des Zivilrechts, hsg. von Warneyer.

## Erstes Kapitel

## Die Strafprozeßnovelle vom 28. Juni 1935 im allgemeinen.

### § 1. Grundgedanken.

Die Strafprozeßnovelle vom 28. 6. 1935 (Gesetz zur Aenderung von Vorschriften des Strafverfahrens und des Gerichtsverfassungsgesetzes RGBl I S. 844) wurde am gleichen Tag erlassen wie das Gesetz zur Aenderung des Strafgesetzbuches und trat auch gleichzeitig mit diesem in Kraft (am 1. 9. 1935). Dieser Zusammenhang ist nicht so sehr ein äußerlicher als vielmehr ein inhaltlicher. Beide Novellen stellen ein Ganzes dar und haben gewissermaßen einen Inhalt.

1. Das Grundthema der beiden Novellen ist die Ueberwindung einer Formalgerechtigkeit zugunsten eines Begriffs der inneren, wahren, materiellen Gerechtigkeit. Mit der schlagwortartigen Antithese: „Nullum crimen sine poena" statt des alten: „Nulla poena sine lege" hat man vielfach diese Veränderung des Blickpunktes zum Ausdruck gebracht. Darin liegt in der Tat das wesentlichste Merkmal der Gedanken, die die gesamte Reform tragen.

Die Ersetzung des formalen Unrechtsbegriffs durch einen mehr materiell ausgerichteten Unrechtsbegriff geschah im materiellen Strafrecht insbesondere durch die Zulassung richterlicher Rechtsschöpfung aus dem gesunden Volksempfinden und dem Grundgedanken eines Strafgesetzes, ebensosehr aber auch durch die Zulassung der Wahlfeststellung.

Was das Prozeßrecht zur Erreichung dieses Zieles beisteuern konnte, um seiner dienenden Rolle dem materiellen Recht gegenüber gerecht zu werden, das ist die Beseitigung von allerlei Hemmungen und Bindungen, die sich bisher als hinderlich erwiesen zur Fällung eines der materiellen Gerechtigkeit allein entsprechenden Urteils. Das Hauptthema, das die Prozeßnovelle in den verschiedensten Abwandlungen bringt, ist daher die Auflockerung des Prozesses [1]). Wo vordem das Gesetz dem Richter

1) Vgl. Schäfer-Lehmann-Dörffler S. 55 (Strafverfahren, Einf.).

Fesseln anlegte, wo es ihn zwang, zugunsten einer starren Vorschrift die innere Gerechtigkeit seines Spruchs zurücktreten zu lassen, da will die Novelle diese Fesseln lockern [2]). Das ist es auch was die Ueberschriften, die das Gesetz selbst trägt: „Freiere Stellung des Richters", „Freiere Stellung der Staatsanwaltschaft", „Beseitigung einseitiger Bindungen" usw. zum Ausdruck bringen.

2. Einer der Leitgedanken, die in der Novelle vom 28. 6. 35 ihren Niederschlag gefunden haben und die auch die gesamte Strafverfahrensreform tragen [3]), ist die Auflockerung der gegenseitigen Bindungen und Ueberwachungsfunktionen der an der Strafrechtspflege beteiligten Organe. In dieser Richtung hat die Prozeßnovelle insbesondere der Staatsanwaltschaft eine freiere Stellung eingeräumt, z. B. durch Beseitigung der früheren notwendigen Voruntersuchung.

Als nächstes hat die Novelle eine Auflockerung der Hauptverhandlung durchgeführt, nicht nur durch die Zulassung der entsprechenden Anwendung von Strafgesetzen und der Wahlfeststellung, sondern gerade auch aus dem Prozeßrecht selbst heraus: Das neue Verfahren gegen Flüchtige hat den Anwesenheitszwang, die neuen Bestimmungen des Beweisrechts den Beweiszwang aufgelockert.

Als ein dritter leitender Reformgedanke muß die Auflockerung des Rechtsmittel- und Wiederaufnahmeverfahrens und damit der Rechtskraft angesprochen werden. Dazu gehört vornehmlich die Zulassung der reformatio in peius durch die Prozeßnovelle.

Schließlich läßt die Prozeßnovelle an mehreren Stellen die Grundzüge des Aufbaus des künftigen Strafverfahrens erkennen [4]). Indem sie die Entscheidung über die Voruntersuchung oder über die Hauptverhandlung gegen den Flüchtigen allein in die Hände der Staatsanwaltschaft gelegt hat, leitet sie das Bestreben ein, eine Scheidung der Verantwortlichkeiten derart herbeizuführen, daß im allgemeinen für das Vorverfahren der Staatsanwalt- für das Hauptverfahren der Richter zuständig ist [5]).

2) Vgl. Lehmann JW 1935, S. 2327.

3) Vgl. auch Schäfer, Die Auflockerung des Verfahrens im künftigen Strafprozeß und der Gedanke der materiellen Gerechtigkeit, in: Zur Neugestaltung ... S. 23.

4) Vgl. Schwarz ZAkDR 1936, S. 116, Die jüngsten Strafrechtsnovellen als Pioniere der großen Strafrechtsreform.

5) Vgl. Schäfer-Lehmann-Dörffler S. 55/56.

## § 2. Freiere Stellung des Richters.

1. Eine freiere Stellung des Richters hat in erster Linie die Novelle zum materiellen Strafrecht durch Zulassung der entsprechenden Anwendung von Strafgesetzen und der Wahlfeststellung durchgeführt. Dazu bringt die Prozeßnovelle zu Anfang einige Bestimmungen, die der Einführung des neuen Strafrechts in den Strafprozeß dienen. Sie sind, für sich selbst genommen, nicht von besonders einschneidender Bedeutung [6]), stellen vielmehr einen Hinweis des Verfahrensrechts auf das materielle Recht dar.

a) Man hat allerdings dem § 267 a StPO („Ergibt die Hauptverhandlung, daß der Angeklagte eine Tat begangen hat, die nach gesundem Volksempfinden Bestrafung verdient, die aber im Gesetz nicht für strafbar erklärt ist, so hat das Gericht zu prüfen, ob auf die Tat der Grundgedanke eines Strafgesetzes zutrifft und ob durch entsprechende Anwendung dieses Strafgesetzes der Gerechtigkeit zum Siege verholfen werden kann [§ 2 des Strafgesetzbuches]"), darüber hinaus auch schon weittragendere Bedeutung beigemessen als die eines bloßen Hinweises und hat aus der Fassung des § 267 a StPO schon eine gewisse Subsidiarität der Rechtsschöpfung durch entsprechende Anwendung von Strafgesetzen abgeleitet. Der Streit ging dabei um den Rang der beiden Rechtsquellen des geschriebenen Rechts und der Rechtsschöpfung nach § 2 nF StGB. In diesem Punkt sind sich nämlich die amtlichen Begründungen zur Strafrechtsnovelle und zur Prozeßnovelle selbst nicht einig. Während die amtliche Begründung zur Strafrechtsnovelle von dem Gesetz als der ersten und vornehmsten Erkenntnisquelle der völkischen Rechts- und Friedensordnung spricht [7]), hebt die Begründung der Prozeßnovelle die völlige Gleichwertigkeit beider Rechtsquellen hervor [8]). Nur scheinbar entsprach es mehr der letzteren Auffassung, wenn das Reichsgericht (in RGSt 70/363) ausgesprochen hat, daß nach dem Wortlaut des § 267 a StPO zuerst [9]) zu prüfen sei, ob das gesunde Volksempfinden und

6) Vgl. Lehmann JW 1935, S. 2327.

7) Vgl. Amtl. Begr. S. 28 und Gürtner (VB Südd. A Nr. 326 vom 22. 11. 35) beim Festakt zur Einführung des Großen Senats am 21. 11. 35, welcher das Gesetz als die hervorragendste Ausdrucksform des Rechts bezeichnet hat.

8) Vgl. Amtl. Begr. S. 51.

9) Nicht so sehr die zeitliche Reihenfolge der Prüfung als vielmehr die grundsätzliche Betrachtungsweise wird dadurch gekennzeichnet. Vgl. auch Schäfer-Dohnanyi Anm. A III, 1 Abs. 5 zu § 2 nF StGB.

die Gerechtigkeit verletzt wären, wenn die entsprechende Anwendung eines Strafgesetzes unterlassen würde [10]). Im Ergebnis führte das freilich mehr zur ersteren Auffassung: Aus der Fassung der §§ 170 a, 267 a StPO wurde damit eine Subsidiarität des § 2 nF StGB dahingehend abgeleitet, daß die entsprechende Anwendung eines Strafgesetzes ausgeschlossen sei, wenn auf Grund einer unmittelbar anwendbaren Bestimmung irgendeine Bestrafung erfolgen könnte [11]). Diese Auffassung hätte dazu führen müssen, auch die entsprechende Anwendung einer „Verbrechens"bestimmung auf eine ohnehin als Uebertretung strafbare Handlung abzulehnen.

Diese Anschauung wurde inzwischen vom Reichsgericht aufgegeben. Die Möglichkeit, ein anderes Strafgesetz unmittelbar anzuwenden, schließt die entsprechende Anwendung eines Strafgesetzes grundsätzlich nicht aus, sondern „nur dann, wenn schon die andere Bestimmung eine angemessene, dem gesunden Volksempfinden und der Gerechtigkeit entsprechende Bestrafung des Täters ermöglicht" [12]).

Wenn somit die unmittelbare Rechtsanwendung und die Rechtsschöpfung durch entsprechende Anwendung als durchaus gleichwertig anerkannt sind [13]), so hat das Gesetz doch nicht daraus den Schluß gezogen, daß die Strafprozeßordnung der neuen Rechtsquelle nicht besonders zu gedenken brauche; etwa weil das

10) Vgl. RGSt 70/363. Gegenteiliger Meinung ist Zimmerl (Festschrift für Gleispach S. 175/176); § 2 StGB habe nicht (wie § 330 c StGB) eine zweite Rechtserkenntnisquelle geschaffen, weil das gesunde Volksempfinden nicht für sich allein die Strafbarkeit einer Tat zu begründen imstande sei: „Erste Voraussetzung der Strafbarkeit einer im Gesetz nicht ausdrücklich mit Strafe bedrohten Tat ist, daß sie nach dem Grundgedanken eines Strafgesetzes Bestrafung verdient". Wenn auch dem Erläuterungsbuch Schäfer-Dohnanyi (aaO) zugegeben ist, daß darin eine grundsätzlich verschiedene Betrachtungsweise zum Ausdruck kommt, so ist doch die praktische Bedeutung dieser Meinungsverschiedenheit gering. Eine Anwendung des § 2 setzt eben beides voraus, Strafwürdigkeit nach gesundem Volksempfinden und Zutreffen eines Grundgedankens. Beides ist unerläßlich und gleich wichtig.

11) S. RG 4 D 97/36 = DJ 1936, S. 609.

12) Vgl. RG JW 1937, S. 702, Nr. 18 und Kohlrausch zu § 2, IV, Anm. 6, S. 29.

13) Daß sich diese Auffassung durchgesetzt hat, vgl. bei Schäfer-Dohnanyi zu § 2, Anm. A III, 1. Die dahinführende Entwicklung schildert Freisler, JDR 1935, S. 523.

Legalitätsprinzip schon ohnehin für ihre Beachtung sorge [14]). Vielmehr erschien die Möglichkeit entsprechender Anwendung von Strafgesetzen so umwälzend, daß es dem Gesetzgeber geboten erschien, den Staatsanwalt (§ 170 a StPO) und das Gericht (§ 267 a StPO) auch in der Strafprozeßordnung ausdrücklich darauf hinzuweisen [15]) und ihnen so den leitenden Gesichtspunkt der Novellen, die Ueberwindung der formalen durch die materielle Gerechtigkeit, stets vor Augen zu halten.

Dieser Hinweis muß auch für das Eröffnungsgericht gelten [16]). Denn, wenn dem Eröffnungsbeschluß die entsprechende Anwendung eines Strafgesetzes nicht zugrunde liegt, die Bestrafung aber in dieser Weise erfolgen soll (oder umgekehrt), dann muß der Angeklagte auf diese Veränderung des rechtlichen Gesichtspunktes nach § 265 I StPO aufmerksam gemacht werden.

Auch im Rechtsmittelverfahren machte die Einführung und prozessuale Durchführung der neuen Rechtsquelle neue prozessuale Bestimmungen erforderlich (Art. 1, 1 b und c d. Ges.). Das vorhandene Rechtsmittelsystem genügte nicht, um die auf dem Gebiet richterlicher Rechtsschöpfung [17]) besonders notwendige Rechtseinheit herzustellen und zu wahren.

Zu diesem Zweck wurde das Rechtsmittelrecht der Staatsanwaltschaft in doppelter Weise erweitert: Einmal erhielt sie das Recht, gegen ein Urteil selbst dann noch Revision einzulegen, nachdem sie ihr Anfechtungsrecht gemäß der Verordnung vom 14. 6. 32 an sich schon verbraucht hatte, wenn sie die Anwendung oder Unterlassung der Anwendung des § 2 S. 1 nF StGB rügt (Art. 1, 1 b d. Ges.). Weil sie dieses Recht aber nicht wegen der einzelnen Sache, sondern um der Rechtseinheit willen erhielt, so bestand keine Veranlassung, dem Verurteilten selbst ein erweitertes Rechtsmittelrecht zu geben [18]). Immerhin wird zu zeigen sein, daß ein solches die Rechtseinheit doch noch wirksamer hätte

14) „Gerade aus dem Umstand, daß § 2 StGB diese beiden Rechtsquellen gleichberechtigt nebeneinander nennt, könnte man den Schluß ziehen, daß das Strafverfahrensrecht der neuen Rechtsquelle nicht besonders zu gedenken brauche". Vgl. Lehmann JW 1935, S. 2327.

15) Vgl. Amtl. Begr. S. 51.

16) Vgl. Schäfer-Lehmann-Dörffler zu § 170 a, Anm. 8.

17) Vgl. Lehmann JW 1935, S. 2327: „Der Richter, der ein Strafgesetz entsprechend anwendet, schöpft neues Recht".

18) Vgl. Amtl. Begr. S. 51 und Freisler JDR 1935, S. 524.

fördern können. Zum andern kann die Staatsanwaltschaft — durch ihren einfachen Antrag — in dem gleichen Falle an Stelle der Zuständigkeit des Oberlandesgerichts die Zuständigkeit des Reichsgerichts begründen (Art. 1, 1 c d. Ges., § 347 a StPO). Die Staatsanwaltschaft kann also in jedem Falle, in dem sie die entsprechende Anwendung oder Nichtanwendung von Strafgesetzen rügt, eine Entscheidung des Reichsgerichts erwirken.

Nachdem durch § 2 nF StGB die Tätigkeit der Gerichte und insbesondere des Reichsgerichts über die Rechtsprechung hinaus um ein großes Stück richterlicher Rechtsschöpfung erweitert wurde, erschienen auch die seit langem als unzulänglich erkannten Organe des Reichsgerichts, welche eine einheitliche Rechtsprechung der Senate des Reichsgerichts untereinander gewährleisten sollten, als ungenügend. Die Prozeßnovelle bringt daher in Art. 3 die Neueinführung des Großen Senats beim Reichsgericht, damit sich ohne die Hemmnisse des schwerfälligen früheren Plenarverfahrens eine einheitliche „Analogie"-rechtsprechung herausbilden kann.

Schließlich wurde in Art. 2 der Novelle die Bindung des Reichsgerichts an die Rechtsauffassung seiner vor dem 1. 9. 35 ergangenen Entscheidungen aufgehoben.

b) Wenn die Strafrechtsnovelle in dem neuen § 2 b StGB die Wahlfeststellung allgemein zugelassen hat, so hat die Prozeßnovelle für die prozessuale Durchführung auch dieser Vorschrift gesorgt (Art. 1, 2 d. Ges., § 267 b StPO).

Sie entscheidet zunächst den Streit um die Urteilsformel: Danach darf der Schuldspruch (Tenor des Urteils) nur das anzuwendende mildeste Strafgesetz enthalten (§ 267 b I StPO)[19]. Die Plenarentscheidung des Reichsgerichts vom 2. 5. 34 (RGSt 68/257), welche eine Wahlfeststellung erstmals für den Fall von Diebstahl und Hehlerei zuließ, hatte seinerzeit die wahlweise Feststellung in den Tenor mit aufgenommen. Durch die versehentliche Veröffentlichung des Urteilsentwurfs in JW 1934 S. 294 wurde offenkundig, daß das Reichsgericht die Wahlfeststellung nicht allgemein zuließ. Eines der dagegen geäußerten Bedenken[20], daß der Verurteilte durch die Anführung von Mög-

19) Nur diese Tat wird auch im Strafregister eingetragen und kann die Grundlage des Rückfalls bilden.

20) Vgl. RGSt 68/261.

lichkeiten, hinter denen keine Wirklichkeit stehe, mit einem öffentlich bescheinigten Verdacht zu Unrecht belastet werde, sollte nun eben dadurch beseitigt werden, daß der Tenor nur das anzuwendende mildeste Gesetz zu nennen habe [21]). Mildestes Gesetz ist dasjenige, nach welchem in concreto die mildeste Strafe verwirkt ist (RGSt 69/374). Es handelt sich also nicht um eine Umkehrung des in § 73 StGB angewandten Prinzips [22]). Irgendein Hinweis auf die Möglichkeit, daß eine schwerere strafbare Handlung vorliegt, ist für die Formel verboten [23]). Es mag zweifelhaft sein, ob mit diesem Verzicht auf die Genauigkeit des Schuldspruchs [24]), dem Anschein der Verdachtsbestrafung wirksam begegnet ist [25]). Denn schließlich trifft das angeführte mildeste Gesetz eben doch auch nur möglicherweise zu, und in Fällen, in denen es nicht zutrifft, wird sich der Täter erst recht auf Grund bloßen Verdachts oder gar als zu Unrecht bestraft halten [26]).

Wenn so vielleicht weder auf die eine vom Gesetz vorgezogene Art noch auf die andere Weise der Anschein einer Verdachtstrafe restlos vermieden werden kann, so darf und kann der neue § 2 b StGB doch niemals zur Verhängung von Verdachtsstrafen in Wirklichkeit führen: Dafür sorgt die Prozeßnovelle in § 267 b II StPO, indem sie an die Urteilsgründe „besondere und nicht leicht zu erfüllende Anforderungen stellt“ [27]). Festzustellen sind nicht

21) Vgl. Schäfer JW 1935, S. 2326.

22) Unrichtig Graf zu Dohna ZgesStW 55/581. Gegen ihn Bruns, Die Bestrafung aus dem mildesten Gesetz bei wahldeutiger Feststellung. DStr 1936, S. 277 ff.

23) Vgl. Schäfer-Lehmann-Dörffler § 267 b, Anm. 2.

24) Genauer wäre die Wahlfeststellung im Tenor deshalb, weil dann schon der Tenor den Strafgrund, welcher für den Richter in Wahrheit maßgebend war: nämlich daß eine der beiden Möglichkeiten zutreffen m u ß, zum Ausdruck brächte.

25) Schaffstein tritt dafür ein, § 267 b dahin zu ändern, daß die Tatsache der Wahlfeststellung schon im Urteilstenor anzuordnen, nicht das mildeste Gesetz zu nennen sei (JW 1936, S. 196, Anm. zu Nr. 18); im Anschluß an ein Urteil, das eine Wahlfeststellung enthielt und in dessen Tenor erschien, daß B wegen Betrugs, K wegen versuchter Beihilfe zur Abtreibung bestraft werde. Ein ähnlich widerspruchsvolles Beispiel gibt RGSt 71/365, wo beide als Gehilfen, keiner als Täter, einer Tat schuldig gesprochen wurden.

26) Graf zu Dohna frägt, ob jene Unwahrhaftigkeit, die § 267 b vermeiden will, nicht gerade durch § 267 b ihre Legalisierung erfahren habe (ZgesStW 55/586). Auch K. V. Prinz zu Wied (S. 47) erkennt den inneren Widerspruch zwischen Urteilsformel und Urteilsbegründung.

27) Vgl. Lehmann JW 1935, S. 2328.

nur die wahlweise in Betracht kommenden Gesetze und die Tatsachen, die den Verstoß ergeben, sondern es muß auch dargetan werden, weshalb eine eindeutige Feststellung nicht möglich ist. Dabei müssen vom Gericht die letzten Aufklärungsversuche verlangt werden. Denn die Beachtung dieser Vorschrift erst bewirkt, daß § 2 b StGB nicht zur Verdachtsstrafe führt, was unbedingt vermieden werden muß [28]). Wenn dann aus der Würdigung dieser Feststellungen das Gericht endlich zu dem Schluß kommt, daß der Angeklagte einer dieser beiden strafbaren Handlungen schuldig ist, so ist „ein solcher Spruch in sich genügend fest" und besteht gewiß „nicht auf unklaren und verschwommenen Erwägungen" [29]).

Die Vorschrift des § 267 III StPO besagt, daß das Gericht auch die Gründe dafür darzulegen hat, wenn es entgegen einem in der Hauptverhandlung gestellten Antrag, von einer Wahlfeststellung abgesehen hat. Sie soll die Gerichte zwingen, Wahlfeststellungen zu treffen, wenn alle Voraussetzungen dafür gegeben sind, kann aber vernünftigerweise nicht zur Anwendung kommen, wenn das Gericht eine eindeutige Feststellung getroffen hat [30]).

Eine wahlweise Fassung der Anklage oder des Eröffnungsbeschlusses ist ebenfalls möglich und zulässig [31]). Die Zuständigkeit des Gerichts bestimmt sich in diesem Fall nach der schwereren Tat [32]). Diese Möglichkeit ist neben der prozessualen Bedeutung gemäß § 265 I StPO deshalb wichtig, weil angesichts § 264 StPO ein alternatives Urteil nur im Falle der Tatidentität [33]) ergehen darf, es sei denn, daß bereits die Anklage alternativ gefaßt ist [34]).

Die Gründe, die bei der entsprechenden Rechtsanwendung ein erweitertes Rechtsmittelrecht erforderten, treffen bei der Wahlfeststellung nicht zu. Es handelt sich hier immer nur um die Entscheidung der einzelnen Sache, ohne daß grundsätzliche Fra-

28) Vgl. Freisler JDR 1935/533.

29) Vgl. Amtl. Begr. S. 52 u. S. 53.

30) So mit Recht Prinz zu Wied S. 56.

31) Graf zu Dohna ZgesStW 55/580, 581.

32) Vgl. mit eingehender Begründung Graf zu Dohna aaO S. 588 f.

33) Wobei allerdings der Begriff der Tat im Sinne des § 264 StPO als der geschichtliche Vorgang in seiner Gesamtheit, insoweit als er nach der Auffassung des Lebens eine Einheit bildet, zu verstehen ist — also ein weiterer Begriff als der der Handlung im Sinne der §§ 73, 74 StGB. Vgl. Löwe-Hellweg § 264, Anm. 2.

34) Vgl. Graf zu Dohna ZgesStW 55/581 mit guten Gründen.

gen der Rechtsbildung in Betracht kämen[35]). Die Sorge für die Wahrung der Rechtseinheit — der vornehmste Zweck der Revision — fiel daher weg.

2. Unmittelbar aus dem Prozeßrecht heraus führt die Prozeßnovelle in zweierlei Hinsicht eine freiere Stellung des Richters durch: Neugeordnet ist die Behandlung von Beweisanträgen und beseitigt ist das Verbot der reformatio in peius.

a) Im Beweisrecht blieben die Grundlagen des vorherigen, auf der Verordnung vom 14. 6. 32 bestehenden Rechtszustandes[36]) im wesentlichen erhalten. Die restlose Aufklärungspflicht bezüglich des Sachverhalts[37]), vor dem aus § 155 II StPO abgeleitet, wurde jetzt ausdrücklich in § 244 II StPO formuliert. Auch die Unterscheidung zwischen Prozessen mit nur einer oder mit zwei Tatsachenverhandlungen bestand schon vorher und blieb aufrecht erhalten[38]).

Beim Vorhandensein nur einer Tatsacheninstanz, das sind: Große Strafkammer, Schwurgericht, Volksgerichtshof, Oberlandergericht, zählt das Gesetz in § 245 II StPO erschöpfend die Gründe auf, aus denen die Gerichte einen Beweisantrag ablehnen

35) Vgl. Lehmann JW 1935, S. 2328.

36) Die geschichtliche Entwicklung bis zu diesem ist eingehend dargestellt bei Klee, Die Bestimmung des Umfangs der Beweisaufnahme im Strafverfahren, S. 102 ff., 120 ff. Ganz kurz zusammengefaßt ist darüber zu berichten:

Der Vorschlag des Entwurfs, wonach den Umfang der Beweisaufnahme das Gericht bestimme, ohne Bindung an die Anträge der Parteien, wurde von der Reichstagskommission gestrichen. Die Strafprozeßordnung vom 1. 2. 1877 bestimmte, daß auf ein herbeigeschafftes Beweismittel nur im Einverständnis aller Beteiligten verzichtet werden kann. Nur in den Verhandlungen vor den Schöffengerichten sowie den landgerichtlichen Berufungsverhandlungen auf Uebertretungen und Privatklagen sollte das Gericht bedingungslos den Umfang der Beweisaufnahme bestimmen.

Die Verordnung vom 4. 1. 24 und das Gesetz vom 22. 12. 25 gestalteten diesen Rechtszustand dahin um, daß die Unabhängigkeit von Beweisanträgen nur noch für die amtsgerichtlichen, schöffengerichtlichen und landgerichtlichen Verhandlungen galt, welche eine Uebertretung betreffen oder auf Privatklage folgen, also nur in Fällen geringer Bedeutung.

Die Verordnung vom 14. 6. 32 drängte aber die strengen Grundsätze wieder so weit zurück, daß sie nunmehr in den Verhandlungen I. Instanz vor den Strafkammern, Schwurgerichten und vor den Gerichten höherer Ordnung zu beachten waren, während im übrigen freies Ermessen galt.

37) Vgl. Amtl. Begr. S. 53.

38) Für das künftige Strafverfahrensrecht zieht sie Henkel sehr stark in Frage (vgl. DStr 1935, S. 421).

dürfen [39]). Insoweit enthält das Gesetz geltendes Richterrecht [40]). Diese Ablehnungbefugnis besteht aber (anders als im vorherigen Strafprozeßrecht) jetzt auch bei schon herbeigeschafften, sogenannten „präsenten" Beweismitteln [41]) und beseitigt damit jene unsoziale Bevorzugung solcher Angeklagter, die in der Lage waren, eine große Anzahl von Zeugen und Sachverständigen aufmarschieren zu lassen. Freilich weist die amtliche Begründung [42]) für die praktische Anwendung mit Recht darauf hin, daß der gesunde Gedanke der alten Vorschrift weiterhin wohl zu beachten sei. „Es wird sich auch in Zukunft empfehlen, Zeugen, die an der Gerichtsstätte erschienen sind, zu vernehmen, wenn dies ohne wesentliche Verzögerung geschehen kann und wenn es irgendeinen Erfolg verspricht [42]). Insbesondere wird das Gericht immer dann dem Antrag stattgeben, wenn die Ablehnung, sei es auch nur beim Angeklagten, den Eindruck erwecken könnte, daß er ungerecht eingeengt sei [43]).

Beim Vorhandensein zweier Tatsacheninstanzen geht die Novelle von der Tatsache aus, daß die Gefahr der Nichtvornahme von Beweiserhebungen nicht oder kaum besteht. Die Möglichkeit der wiederholten Vornahme der Hauptverhandlung gibt einen hohen Grad von Wahrscheinlichkeit dafür, daß kein sachlich begründeter Beweisantrag einer unverdienten Ablehnung verfällt [44]). Deshalb entscheidet das Gericht hier über Beweisanträge nach freiem Ermessen (§ 245 I StPO). Gleiches gilt für den Beweis durch Augenschein und Sachverständige vor allen Gerichten. Wenn somit das Gesetz auf das subjektive Ermessen [45])

39) Bei Beweis durch Augenschein und Sachverständigen jedoch freies Ermessen, wie übrigens im wesentlichen schon vorher. Vgl. Schäfer-Lehmann-Dörffler § 245, Anm. 3 und Anm. 4.

40) Hier lehnt sich die Novelle an die Ergebnisse an, die das Reichsgericht in einer langen rechtsschöpferischen Rechtsprechung entwickelt hat. Vgl. Amtl. Begr. S. 53.

41) Soweit der § 245 aF Ermessensfreiheit gegenüber Beweisanträgen kannte, bezog sich diese schon immer auch auf die präsenten Beweismittel — vgl. Löwe-Hellweg zu § 245 aF Anm. 10.

42) Vgl. Amtl. Begr. S. 54.

43) Vgl. Freisler in JDR 1935, S. 529.

44) Vgl. Amtl. Begr. S. 53.

45) Es handelt sich nicht etwa um ein gebundenes, arbiträres Ermessen. Zwar gibt das Gesetz in § 244 II StPO (Aufklärungspflicht) die Richtung an, in der sich die Ermessensentscheidung zu bewegen hat. Nach der De-

des Gerichts abstellt, so bleibt selbstverständliche Voraussetzung, daß das Ermessen nicht willkürlich gehandhabt wurde[46]). Die Ablehnung eines Beweisantrags ohne Begründung, mit einer widerspruchsvollen oder von Rechtsirrtum beeinflußten Begründung stellt einen revisiblen Verfahrensverstoß dar (so RG 67/97 zu Kap. I, 1. Teil, Art. 3, § 1 der VO v. 14. 6. 32 für das dortige freie Ermessen gegenüber Beweisanträgen).

Im übrigen ist die richtige Ausübung dieses Ermessens einer Nachprüfung in der Revisionsinstanz nicht zugänglich[46]). Ob jedoch das Gericht berechtigt ist[47]) — und ob das ebenfalls kein Revisionsgrund ist —, einen Beweisantrag nach freiem Ermessen allein deshalb abzulehnen, weil es — unter Vorwegnahme des Beweisergebnisses — den Sachverhalt in Hinblick auf das Ergebnis der Verhandlung für genügend geklärt und eine Aenderung seiner Ueberzeugung für ausgeschlossen erachtet[47]), das muß fraglich erscheinen. Denn die Rechtsprechung des Reichsgerichts hat den Erfahrungssatz verwertet, daß der Gebrauch eines zur Verfügung stehenden, nicht offensichtlich untauglichen Beweismittels das Bild des zu beurteilenden Ergebnisses selbst dann wider alles Erwarten verändern kann, wenn das Gericht glaubt, die Feststellung einer Tatsache unbedenklich auf das stützen zu können, was schon vor ihm vorgetragen ist[48]). Inwieweit dieser Erfahrungssatz, welcher auch dort verwendet wurde, wo schon immer pflichtgemäßes Ermessen zu entscheiden hatte[49]), unter dem neuen Rechtszustand noch weiterhin Verwendung finden kann und soll, wird bei den prozeßrechtlichen Revisionsgründen erörtert werden.

Schließlich bestimmt § 245 III StPO, daß die Ablehnung eines Beweisantrags eines begründeten Gerichtsbeschlusses bedarf. Das ist nicht neu. Bedeutungsvoller erscheint der Umkehrschluß[50]) aus dieser Vorschrift, daß nämlich die Anordnung einer

finition Mannheims (Beiträge S. 148) müßte es sich also um gebundenes Ermessen handeln. Aber das Gesetz stellt ausdrücklich auf das freie Ermessen des Gerichts ab.

46) Vgl. Amtl. Begr. S. 55.

47) Wie das Niethammer meint; vgl. § 245, Anm. 2 in Gündel-Hartung-Niethammer, ErgBd zu Löwe-Hellweg.

48) Vgl. Gündel-Hartung-Niethammer, ErgBd § 245 nF, Anm. 2.

49) Kap. I, 1. Teil, Art. 3, § 1 der VO v. 14. 6. 32.

50) Welcher durch die Vergleichung mit § 244 II aF StPO erhärtet wird. Vgl. auch Amtl. Begr. S. 55.

Beweisaufnahme in jedem Fall, auch von Amts wegen, durch den Vorsitzenden allein erfolgt, und zwar auch dann, wenn ein Widerspruch erfolgt oder eine Aussetzung der Verhandlung nötig wird. Darin bahnt sich die Entwicklung des künftigen Strafverfahrens an: So wie der Staatsanwalt Herr des Vorverfahrens sein soll, so wird der Vorsitzende des Gerichts der Führer der Hauptverhandlung werden [51]) oder genauer: in seine Hände wird ohne Abhängigkeit vom Kollegium die Prozeßleitung gelegt sein [52]).

b) Der Freierstellung des Richters im Rechtsmittelverfahren und damit der Herbeiführung einer materiell gerechten Rechtsmittelentscheidung diente die Aufhebung des Verbots der reformatio in peius [53]), welche durch Art. 1, 4 der Novelle (Neufassung der §§ 331, 358 II, 373 II StPO) unter der Ueberschrift: „Beseitigung von einseitigen Bindungen des Rechtsmittelgerichts" vollzogen wurde [54]).

Darin kommt vielleicht am deutlichsten die neue weltanschauliche Grundlage zum Ausdruck, auf deren Boden der neue Strafprozeß erwächst. Maßgebend für das frühere Verbot der reformatio in peius, welches geschichtlich nicht begründet ist [55]), war die Unbilligkeit, die man darin erblickte, daß der Verurteilte durch die Möglichkeit härterer Bestrafung von einem Rechtsmittel zurückgehalten werden könnte [56]). Das völkische Rechtsgut der materiellen Gerechtigkeit, das vordem zurückweichen mußte vor der Billigkeitsrücksicht auf den Ver-

51) Vgl. Schwarz in GS Bd. 106, S. 243, insbes. § 2 Strafprozeß S. 271, 277 ff.

52) Vgl. Freisler in „Der Volksrichter . . .", S. 153.

53) Das Verbot ist in der Strafprozeßordnung von Anfang an enthalten.

54) Die Ueberschrift ist hier von einiger Bedeutung, indem sie zur Auslegung des § 358 II StPO herangezogen wird. Vgl. RGSt 70/61 und Schäfer-Lehmann-Dörffler Anm. 7 zu § 358 II.

55) Wie Keber (S. 59) eingehend dargelegt hat. Vielmehr kann es mit Schlüter (JW 1935, S. 2329) als Ausfluß des liberalen Rechtssystems, welches die staatsfreie Sphäre auf Kosten der Staatsgewalt möglichst weit ausdehnen wollte, bezeichnet werden.

Keber (S. 65) führt aus, daß das Verbot erst aus dem Eindringen französischer Rechtsideen um die Mitte des 19. Jahrhunderts zu erklären ist, während die reformatio in peius im englischen Recht, wenn auch eingeschränkt, zulässig war (S. 73, 74).

56) Vgl. Amtl. Begr. S. 55.

brecher [57]), hat seit der Novelle den unbedingten Vorrang. „Ein Urteil, das eine Strafe aufrecht erhält, die dem Sühne- und Schutzbedürfnis der Volksgemeinschaft in keiner Weise entspricht und dabei erklärt, es könne leider nicht anders, ist für eine kraftvolle staatliche Autorität unerträglich“ [58]).

Die Möglichkeit der Staatsanwaltschaft, durch ihre Rechtsmittel, welche vielleicht durch eine fristlose Anschlußberufung nach Art des § 521 ZPO hätten erweitert werden können, für ein materiell gerechtes Urteil zu sorgen, erschien nicht ausreichend [59]). Vielmehr hat die Novelle das Verbot aufgehoben und die Möglichkeit der Strafschärfung sogar noch positiv ausgesprochen [60]) — angesichts der besonderen Bedeutung dieser Neuerung [61]).

Als weitere Wirkung soll die Aufhebung des Verbots der reformatio in peius ein stärkeres Verantwortungsbewußtsein bei der Rechtsmitteleinlegung zur Folge haben [62]). Daß sich jedoch dadurch eine allgemeine Einschränkung der Rechtsmittelbenützung ergebe, war damit nicht angestrebt und auch nicht zu befürchten. Die amtliche Begründung [63]) verweist dazu vergleichsweise auf die schon vorher bestehende Möglichkeit der Strafschärfung beim amtsrichterlichen Strafbefehl und der polizeilichen Strafverfügung. Was im übrigen durch die Zulassung der reformatio in peius unterbunden werden sollte, das sind die Rechtsmittel, die lediglich zur Verzögerung der Rechtskraft eingelegt wurden [64]), oder welche lediglich als Versuchsballons ein vielleicht noch

57) Keber hat schon 1892 in dem Titel seines Buches „Gegen die reformatio in peius“ dieselbe ein Symptom des Zurückweichens der staatlichen Strafgewalt vor dem Verbrecher genannt.

58) Vgl. Schlüter in JW 1935, S. 2329 — ähnlich Amtl. Begr. S. 56.

59) Das hat schon Keber (S. 17) ausgeführt, der darin allein eine gesetzliche Umgehung des Verbots der reformatio in peius erblickt hätte. Beides sei nötig, Anschlußberufung und Anschlußrevision und die Aufhebung des Verbots der reformatio in peius.

60) Obwohl es an sich genügt hätte, die Vorschriften, die das Verbot enthielten, ersatzlos zu streichen (vgl. Schäfer-Lehmann-Dörffler zu Nr. 4, Anm. 2).

61) Das künftige Strafverfahrensrecht wird dagegen auf eine Erwähnung verzichten können. Vgl. Schlüter JW 1935, S. 2930.

62) Vgl. Schlüter JW 1935, S. 2329 und Freisler JDR 1935/525: „Gleichzeitig wird damit die Risikolosigkeit der Rechtsmitteleinlegung beseitigt.“ Die Frivolität der Rechtsmitteleinlegung versuchte Keber (S. 12 ff.) statistisch nachzuweisen.

63) Vgl. Amtl. Begr. S. 56.

64) Ebd.

milderes Urteil zu erschlagen versuchten, obwohl ein gerechtes Urteil schon gefunden war [65]). Dem Schuldigen soll also die Lust genommen werden, mit der Gerechtigkeit ein frivoles Spiel zu treiben [66]). Schließlich bringt die Zulassung der Schlechterstellung einen gewissen sozialen Ausgleich insofern, als jetzt auch der wohlhabende Verurteilte, bei welchem die Kostenscheu vor einem wenig aussichtsreichen Rechtsmittel gegen ein vielleicht mildes Urteil kein retardierendes Moment darstellte, die Rechtsmittel nicht mehr risikolos bis zum äußersten ausschöpfen kann [67]).

Die Zulassung der reformatio in peius hätte zu Unbilligkeiten geführt in den Fällen, in denen neben dem Verurteilten andere Personen ein selbständiges Rechtsmittelrecht hatten. So hätte z. B. die Ehefrau unter Umständen eine Strafschärfung zu gewärtigen gehabt, obwohl das Rechtsmittel von ihrem Mann vielleicht gegen ihren Willen eingelegt wurde [68]). Statt insoweit das Verbot der reformatio in peius aufrecht zu erhalten [69]), wurde das Rechtsmittelrecht des Ehemannes, das ohnehin nicht mehr der gegenwärtigen Anschauung über das Verhältnis der Ehegatten gerecht werde [70]), beseitigt. Dies wurde teilweise bedauert, denn es entspreche altgermanischer Rechtsauffassung, daß der Mann vor Gericht Muntwalt der Frau sei [71]). Allein nicht alle altgermanischen Auffassungen passen in die moderne Zeit [72]) und die Beseitigung war gerechtfertigt aus dem Gedanken heraus, daß die Frau Urteilsreife genug besitzt, um selbst zu entscheiden, ob sie das Risiko einer Rechtsmittelentscheidung auf sich nehmen will oder nicht [73]).

Diese letzteren Gründe trafen beim beschränkt Geschäftsfähigen nicht zu. Das Rechtsmittelrecht des gesetzlichen Ver-

65) Schlüter JW 1935, S. 2329: „lediglich als Versuchsballons benützte Rechtsmittel".

66) Um mit den Worten Kebers zu sprechen (S. 12).

67) Vgl. auch Schlütter JW 1935, S. 2329.

68) Ein Ergebnis, welches Schlüter (aaO) für das heutige Rechtsempfinden unerträglich bezeichnet.

69) Ein denkbarer Ausweg; vgl. Schlüter JW 1935, S. 2330.

70) Vgl. Amtl. Begr. S. 56.

71) Vgl. Schwarz DJZ 1935/926, welcher insoweit lieber das Verbot der reformatio in peius aufrechterhalten wollte.

72) So die Amtl. Begr. S. 56 für den vorliegenden Fall selbst.

73) Vgl. Freisler JDR 1935, S. 525.

treters blieb daher bestehen. Trotzdem wurde auch hier die Zulassung der Strafschärfung nicht durch eine Ausnahme durchbrochen. Die somit bestehende Möglichkeit, daß der Vertretene ohne sein Zutun benachteiligt wird [74]), läßt sich aber damit rechtfertigen, daß das Allgemeininteresse an materieller Gerechtigkeit die Rücksichtnahme auf den Willen eines nicht voll Geschäftsfähigen überwiegt [75]).

Das Wort „kann" in der neuen Fassung der §§ 331, 358 II, 373 II StPO erklärt sich nur aus der ausdrücklichen Fassung der neuen Möglichkeit der Schlechterstellung. Es will also die Strafschärfung nicht in das freie Ermessen des Gerichts stellen [76]), sondern macht dem Rechtsmittelgericht diese zur Pflicht, wenn es zu der Feststellung kommt, daß die Strafe des Urteils des Vorderrichters ungerechtfertigt milde ist [77]). Insbesondere für das Revisionsgericht wurde diese Auffassung bestritten von Schwarz, der scharf betont, daß es sich um eine Kannvorschrift handele [78]), nach welcher über die Strafschärfung und deren Umfang das pflichtgemäße Ermessen des Gerichts zu entscheiden hätte [79]). Freilich sagt er später selbst [80]): „Zum Muß wird dieses Kann für den Rechtsmittelrichter überall dort, wo das Unterlassen der Strafschärfung mit dem gesunden Volksempfinden unvereinbar wäre." Damit weicht er von der vorherrschenden Meinung kaum noch ab. Denn auch diese will kein kleinliches Herumkorrigieren am Strafmaß [81]), sondern eine Strafschärfung nur dann, wenn die materielle Gerechtigkeit eine solche gebieterisch verlangt [82]). Eine strengere Auffassung hat nur das Reichsgericht geäußert (RGSt 70/63): Schon wenn die bloße

74) „Das kann im einzelnen Falle zu Härten führen. — Sie sind aber hier unvermeidlich." Vgl. Lehmann in DJ 1935, S. 1003.

75) Vgl. Schlüter JW 1935, S. 2330.

76) Wie man nach der Ueberschrift „Freierstellung des Richters" vielleicht wohl meinen könnte.

77) Vgl. auch Schäfer-Lehmann-Dörffler zu Nr. 4, Anm. 5; ebenso RGSt 70/56.

78) Vgl. Schwarz DJZ 1935/928: „Zu begrüßen ist, daß der Rechtsmittelrichter nicht gezwungen ist, das Urteil stets zu verschärfen, sondern nur die Befugnis dazu hat."

79) Vgl. Schwarz JW 1935, S. 3347; GS 106/277.

80) Vgl. Schwarz DJZ 1936/191; DStr 1936/35.

81) Vgl. Schäfer-Lehmann-Dörffler zu Nr. 4, Anm. 5.

82) Oder wie Schlüter sagt (JW 35, S. 2330): Wenn Urteil und Begrün-

Möglichkeit bestünde, daß der Tatrichter bei fehlerfreier Beurteilung dazu gelangt wäre, eine schwerere Strafe festzusetzen, sei das Urteil aufzuheben. Die Handhabung der reformatio in peius in der Revisionsinstanz wird im übrigen bei der Revision zu behandeln sein.

Eine letzte Maßnahme, die der freieren Stellung des Gerichts im reichsgerichtlichen Revisionsverfahren diente, war die schon erwähnte Befreiung des Reichsgerichts von der Bindung an alte, d. h. vor dem 1. 9. 35 ergangene Entscheidungen. Ein solcher Plan hatte schon seit Jahren für den Zeitpunkt einer Gesamtreform des Strafrechts bestanden [83]). Die Novelle glaubte, diese Maßnahme sofort durchführen zu müssen, weil die Aenderungen in der Rechtsauffassung, welche die nationalsozialistische Revolution hervorrief, ungleich größer sind also die vor dieser geplanten Reformen. Dieser neuen Rechtsauffassung sollte aber möglichst schon vor dem Erlaß eines neuen Strafgesetzbuches zum Durchbruch verholfen werden.

## § 3. Freiere Stellung der Staatsanwaltschaft.

Der Staatsanwaltschaft wurde in zweierlei Hinsicht eine freiere Stellung eingeräumt.

1. Einmal handelt es sich um die Neuordnung der Voruntersuchung. Auch darin kommt wieder — vielleicht am deutlichsten — die Struktur des neuen Strafverfahrens zum Ausdruck, welche gekennzeichnet ist durch die klare Trennung der Verantwortlichkeiten: dem Staatsanwalt das Vorverfahren, dem Gericht das Hauptverfahren.

Die Voruntersuchung ist in keinem Falle mehr obligatorisch [84]).

---

dung auseinanderklaffen würden.

„Bei der Notwendigkeit einer fühlbaren Verschärfung der Strafe" so Niethammer, ErgBd zu Löwe-Hellweg Anm. 4 c zu § 358 II. Uebereinstimmend Lehmann JW 1936, S. 698.

83) Vgl. Lehmann JW 1935, S. 2328.

84) Die Vorgeschichte dieser Entwicklung ist die folgende: § 11 der Verordnung vom 21. 5. 33 beseitigte die Voruntersuchung bereits für Sondergerichtssachen.

§ 10 VO v. 28. 2. 33 machte sie für die erstinstanzlichen Sachen des Reichsgerichts oder der Oberlandesgerichte entbehrlich, wenn die Anklagebehörde sie für unnötig hielt und der Tatbestand einfach lag.

Art. IV, § 4 d. Ges. v. 28. 4. 34 läßt nach dem Ermessen der Anklage-

Ob sie stattfindet, hängt stets von dem Ermessen der Staatsanwaltschaft ab. Dieses Ermessen ist im Regelfall sogar noch dahin eingeschränkt, daß die Staatsanwaltschaft den Antrag auf Voruntersuchung nur stellen soll, wenn außergewöhnliche Umstände die Führung der Voruntersuchung durch den Richter gebieten. Es wird also die Voruntersuchung zur Ausnahme und das Verfahren ohne Voruntersuchung zur Regel erhoben. Nur in dem zur Zuständigkeit des Volksgerichtshofes, der Oberlandesgerichte oder der Schwurgerichte gehörenden Strafsachen, wird nach § 178 I StPO auf das pflichtgemäße Ermessen schlechthin abgestellt [85]).

Die Entscheidung darüber, ob die Voruntersuchung stattfinden soll, liegt ausschließlich in der Hand der Staatsanwaltschaft. Nur sie hat ein Antragsrecht. Das frühere Antragsrecht des Angeschuldigten [86]) (§ 178 II Z. 2 aF StPO), ebenso wie das Recht des Gerichts, die Eröffnung der Voruntersuchung von sich aus zu beschließen, oder ihre Ergänzung zu beantragen, ist beseitigt. Und das Gericht hat dem Antrag zu entsprechen (§ 179, S. 2 StPO) ohne irgendeine Nachprüfung, auch nicht einmal seiner Zuständigkeit [87]). (Streichung der §§ 180—183 StPO). Lediglich eine Einschränkung der ausschließlichen Entscheidungsbefugnis der Staatsanwaltschaft besteht fort: § 197 II StPO: Ueber den staatsanwaltschaftlichen Antrag auf Ergänzung der Voruntersuchung entscheidet bei Meinungsverschiedenheit zwischen Staatsanwalt und Untersuchungsrichter das Gericht.

---

behörde die Voruntersuchung für die Sachen vor dem Volksgerichtshof in Wegfall kommen.

85) Dabei mag auf die etwas verunglückte Fassung des § 178 I StPO hingewiesen werden: nachdem die Staatsanwaltschaft den Antrag einmal gestellt hat („findet auf Antrag .... statt"), kommt es nicht mehr darauf an, ob sie die Voruntersuchung („sie") für erforderlich hält. Der Konditionalsatz enthält vielmehr die Voraussetzung für den Antrag. Es müßte daher richtig heißen:

In den zur Zuständigkeit des Volksgerichtshofes, der Oberlandesgerichte oder der Schwurgerichte gehörenden Strafsachen findet auf Antrag der Staatsanwaltschaft die Voruntersuchung statt. Die Staatsanwaltschaft stellt den Antrag, wenn sie die Voruntersuchung nach pflichtgemäßem Ermessen für erforderlich hält.

86) Das vielfach doch nur der Verschleppung diente.

87) Vgl. Schlüter JW 1935, S. 2331, welcher nur eine Anregung auf Zurücknahme des Antrags auf Voruntersuchung für möglich hält. Ebenso Schäfer-Lehmann-Dörffler zu Art. 4, 1 c, Anm. 3.

Für die Durchführung der Voruntersuchung hat die Novelle das neue Organ des Hilfsuntersuchungsrichters eingeführt[88]). Vorher konnte — auch wenn mehrere Untersuchungsrichter bei einem Landgericht bestellt waren — jedem Untersuchungsrichter immer nur eine Voruntersuchung im ganzen zugewiesen werden, was den Ablauf des Strafverfahrens häufig verzögert hat. Da nach der Neuregelung nur noch umfangreiche und besonders schwierige Sachen zur Voruntersuchung gelangen, mußten dem Untersuchungsrichter Hilfskräfte beigeordnet werden, durch welche eine Beschleunigung des Verfahrens erzielt werden kann. Diese sind richterliche Beamte, mit gleichen Befugnissen wie der Untersuchungsrichter. (Sie zeichnen im eigenen Namen.)[89]). Sie genießen aber nicht richterliche Unabhängigkeit[90]), sondern sind um der Einheitlichkeit der Voruntersuchung willen letzterem bürokratisch untergeordnet und weisungsgebunden. Ihre Bestellung ist stets widerruflich (§ 184 II u. III StPO).

2. Zum andern bringt die Prozeßnovelle eine erneute Einschränkung des Legalitätsprinzips gegenüber den Opfern einer Erpressung (§ 154b StPO). Die Verfolgung von Opfern einer Erpressung oder Nötigung ist nach § 154b StPO nicht bloß in das Ermessen der Staatsanwaltschaft gestellt — die Staatsanwaltschaft soll auch gar nicht verfolgen, wenn die Strafverfolgung nicht unerläßlich ist[91]). „Unerläßlich" ist die Strafverfolgung nicht schon ohne weiteres dann, wenn die Tat des Opfers schwerer ist als die des Erpressers. Denn es ist immer noch das allgemeine staatliche und besonders starke Interesse an der Vernichtung des Erpressertums in Rechnung zu stellen[92]). In dieser Weise wird dafür gesorgt, daß der Erpreßte den Mut zur Anzeige aufbringt und an der Verfolgung des Erpressers selbst mithilft. Dieser ratio regis des § 154b StPO entsprechend könnte

88) Vorbild war die Möglichkeit der Bestellung eines Vertreters des Untersuchungsrichters beim Volksgerichtshof.

89) Anders als etwa der Staatsanwalt. Vgl. Schlüter in JW 1935, S. 2331.

90) Diese genießt aber nach wie vor in vollkommener Weise der Untersuchungsrichter selbst.

91) Vgl. Amtl. Begr. S. 62.

92) Vgl. Schlüter JW 1935, S. 2332. Dies gilt umsomehr, als es sich auch nur um eine Nötigung handeln kann, die häufig geringer erscheinen müßte, als die Tat des Genötigten. Aehnlich Freisler JDR 1935, S. 530: „Unerläßlich" sei eine außerordentlich einengende Bezeichnung.

man verlangen, daß der Verfolgungsverzicht nur dann stattfinden könne, wenn die Anzeige des Erpreßten für die Ermittlung des Erpressers wenigstens mitursächlich gewesen ist, wie das die amtliche Begründung für den Regelfall auch will [93]). Allein wenn der Erpreßte sich stets sagen muß, daß seine Anzeige möglicherweise zu spät kommt, wenn er damit rechnen muß, daß trotz seiner Mitwirkung von § 154 b StPO kein Gebrauch gemacht wird, weil die Strafverfolgungsbehörde schon auf Grund eigener Tätigkeit den Erpreßten ermittelt hat, was der Erpreßte nicht zu wissen braucht, so wird damit der Zweck der Vorschrift, welcher nicht in der Verfolgung des einzelnen konkreten Erpressungsfalles, sondern in der allgemeinen psychologischen Wirkung besteht, gerade wiederum aufgehoben. Auch in diesem Fall muß daher von einer Verfolgung Abstand genommen werden, sie sei denn unerläßlich [94]).

Das Recht zur Einstellung [95]) nach § 154 b StPO besteht nur im Vorverfahren [96]), nicht mehr nach Eröffnung des Hauptverfahrens (anders als § 153 II und § 154 II StPO), bzw. nur solange, als die Klage nach § 156 StPO noch zurückgenommen werden kann. Nachher kann zwar immer noch nach § 153 II StPO eingestellt werden. Freilich besteht diese Möglichkeit nur bei geringfügigen Vergehen oder Uebertretungen. Daß aber auch über die engen Voraussetzungen des § 153 StPO hinaus ein Bedürfnis bestehen kann, nach Eröffnung des Hauptverfahrens aus dem Gesichtspunkt des § 154 b StPO einzustellen, ergibt sich aus gerade den Ausführungen Schlüters [97]), durch welche er es zu verneinen versucht. In dem von ihm gegebenen ersten Fall stellt sich die Tat des Erpreßten in der Hauptverhandlung viel harmloser dar als im Vorverfahren, in welchem die Staatsanwaltschaft die Ver-

93) Vgl. Amtl. Begr. S. 63.

94) Vgl. Freisler JDR 1935, S. 531: „Unter allen Umständen darf man den Satz der Begründung nicht so auffassen, als ob man im Einzelfall eine konkrete Feststellung in diesem Sinne, sei es auch nur im Herzen des sich schlüssig werdenden Staatsanwalts verlangen müsse."

95) Zu welcher die Zustimmung des Generalstaatsanwalts einzuholen ist (Nr. 149 a der amtl. Richtlinien für das Strafverfahren i. d. F. v. 7. 8. 35, DJ 1935, S. 1004).

96) Und ohne jede Mitwirkung des Gerichts (Trennung der Verantwortlichkeiten!).

97) Vgl. Schlüter JW 1935, S. 2332.

folgung für unerläßlich gehalten hatte. In dem zweiten Fall wird die Tat des Erpressers dem Staatsanwalt erst bekannt, während das Hauptverfahren gegen das Opfer schon schwebt, z. B. weil das Opfer erst in der Hauptverhandlung Mitteilung macht. In beiden Fällen kann der Grundgedanke des § 154 b StPO ein Bedürfnis nach Einstellung ergeben. Abhilfe kann hier geschaffen werden durch analoge Anwendung der zweiten Absätze der §§ 153 und 154 StPO auf den Fall des § 154 b StPO. Daß der Gesetzgeber durch sein Schweigen eine derartige Analogie hätte verbieten wollen, der Richter also zum Umkehrschluß aus §§ 153 II, 154 II StPO gezwungen wäre, geht weder aus dem Gesetz noch aus der amtlichen Begründung in irgendeiner Weise hervor. Wenn es sich — zugegebenermaßen — zwar vielleicht um Ausnahmefälle handeln mag, die der Gesetzgeber nicht berücksichtigen brauchte [98]), so ist nicht einzusehen, warum nicht der Richter, im Zusammenwirken mit dem Staatsanwalt aus dem Grundgedanken des § 154 b StPO heraus nicht auch nach der Eröffnung des Hauptverfahrens einstellen dürfte. Diese Befugnis kann höchstens zur Steigerung der Wirksamkeit des § 154 b StPO im Kampf gegen das Erpressertum beitragen.

## § 4. Gesteigerte Autorität der Strafverfolgung.

Die Art. 5, 6 und 7 der Prozeßnovelle sind Ausdruck der gesteigerten staatlichen Autorität bei der Verbrechensbekämpfung.

1. Um das Recht der Untersuchungshaft von den bisherigen starren formalen Bindungen zu befreien, hat die Novelle dem § 112 I StPO zwei neue Haftgründe eingefügt [99]). Der eine dient dem Schutzbedürfnis der Volksgemeinschaft gegen künftige Verbrechen. Bei dringendem Tatverdacht kann der Beschuldigte auch deshalb in Haft genommen werden, weil neue strafbare Taten von ihm zu befürchten sind. Der frühere Grundsatz, daß die präventive Bekämpfung von Verbrechen nur die Aufgabe der Polizei sei, nicht dagegen den Strafverfolgungsorganen zukomme, ist damit preisgegeben. Die nahe Verwandschaft des Haftgrundes mit dem der polizeilichen und politischen Schutzhaft ist augenschein-

98) So meint Schlüter JW 1935, S. 2332.

99) Welche mittelbar auch das Recht zur vorläufigen Festnahme nach § 127 II StPO erweitern.

lich und hat Zuständigkeitsüberschneidungen zur Folge. Aber der enge Zusammenhang zwischen Strafverfolgung und Strafverhütung mag den neuen Haftgrund rechtfertigen.

Der andere dient dem Sühnebedürfnis der Volksgemeinschaft. Im Gegensatz zu den übrigen, rein zweckbestimmten Haftgründen, kann er als „irrationaler" Haftgrund [100]) bezeichnet werden. Die Verhaftung ist zulässig, wenn sie bei dringendem Tatverdacht angesichts der Schwere der Tat und der Erregung der Oeffentlichkeit nach den ethischen Bedürfnissen der Volksgemeinschaft erforderlich ist. An beide neuen Verhaftungsgründe knüpft Freisler [101]) die Hoffnung, daß sie maßvoll und nach genauer Feststellung der Verhaftungsnotwendigkeit im Einzelfall gehandhabt werden.

2. Das neue Abwesenheitsverfahren bringt zum Ausdruck, daß der neue Staat in keiner Weise vor dem Verbrecher zu kapitulieren gewillt ist. Das frühere Recht ließ die Hauptverhandlung gegen einen Abwesenden auf Grund einer öffentlichen Ladung nur in wenigen kleinen Fällen zu, nämlich wenn die Tat nur mit Geldstrafe oder mit Einziehung oder mit beiden bedroht war. Im übrigen war eine Hauptverhandlung ohne den Angeklagten unmöglich. Eine sichere Grundlage für das Urteil glaubte man nur gewinnen zu können durch die persönliche Vernehmung des Angeklagten und das Gegeneinanderwirken zwischen ihm, dem Staatsanwalt und dem Gericht. Diese zivilprozessuale Ueberspitzung des Parteiprozeßgedankens im Strafrecht führte dazu, daß der Richter eine Entscheidung selbst bei völliger Ueberführung ablehnen mußte, solange er nur eine „Partei" gehört hatte. Von diesem übersteigerten Schutz des Individuums, auch des Rechtsbrechers, vor der Staatsgewalt mußte sich das neue Recht um so mehr abkehren, als die modernen Verkehrsverhältnisse nicht nur eine Flucht des Täters sehr erleichtern, sondern auch häufig den Schluß rechtfertigen, daß ein Ausbleiben des Angeklagten auf seinem Willen beruhte. Die Aburteilung einer einwandfrei festgestellten Tat muß aber gleichermaßen möglich sein, wenn der Angeklagte flüchtig ist, wie wenn er sich verteidigt oder untätig an der Hauptverhandlung teilnimmt, vollends

100) Vgl. Schlüter JW 1935, S. 2333.
101) Vgl. Freisler JDR 1935, S. 529.

wenn eine Vollstreckung ganz oder teilweise möglich ist. Die Novelle hat sich daher auch hier von jenem „Magna-Charta-Gedanken" im Strafrecht, wie Freisler [102]) die übertriebene Sicherung des rechtsbrechenden Individuums vor der staatlichen Strafgewalt nennt, abgewandt.

Bei Einführung des Verfahrens stand ein förmliches Versäumnisverfahren auf Grund öffentlicher Ladung und mit provisorischem Urteil oder aber ein echte Wahrheitsforschung betreibendes Abwesenheitsverfahren mit echter Verurteilung zur Wahl. Das erstere hätte dem deutschen Sinn für Schuld und Sühne widersprochen [102]). Da andererseits beim Abwesenheitsverfahren auf den Grundsatz der Mündlichkeit und der Unmittelbarkeit in gewissem Umfang notwendig verzichtet werden mußte, so weißt es gewisse Züge des Inquisitionsverfahrens auf. Das konnte um so mehr in Kauf genommen werden, als es mit einer erweiterten Wiederaufnahmemöglichkeit ausgestattet wurde.

Die Prozeßnovelle ordnete das Abwesenheitsverfahren in zwei Formen:

Das Verfahren gegen Flüchtige (Art. 6 der Novelle, §§ 276 ff. nF StPO) ist nicht auf bestimmte Tatbestände beschränkt, sondern hat zur alleinigen sachlichen Voraussetzung eine Tat, deren alsbaldige Aburteilung das Rechtsempfinden des Volkes verlangt (§ 276 I StPO). Flüchtig ist, wer sich der deutschen Gerichtsbarkeit dadurch entzieht, daß er sich im Auslande aufhält oder im Inland verbirgt (§ 276 II StPO), wobei letzteres nicht in der Absicht geschehen sein muß, das Strafverfahren zum Erliegen zu bringen [103]). Das Bewußtsein, daß es die gesetzliche Wirkung des § 276 I StPO hat, genügt. In förmlicher Hinsicht setzt die Hauptverhandlung gegen Flüchtige einen Antrag der Staatsanwaltschaft voraus (§ 277 I StPO). Sie soll ihn nicht stellen, um sich die Mühen der Nachforschung nach einem Verbrecher zu ersparen, sondern erst, nachdem diese ergebnislos geblieben sind. Wie weit sie dabei zu gehen hat, wann sie die Ergebnislosigkeit feststellt, das steht in ihrem Ermessen. Hält sich der Flüchtige im Ausland auf, so soll sie den Antrag nur stellen, wenn mit der Gestellung des Flüchtigen nicht zu rechnen ist, seine Ausliefe-

102) Vgl. Freisler JDR 1935, S. 535.
103) Vgl. Amtl. Begr. S. 66.

rung unmöglich ist oder ein Auslieferungsversuch keinen Erfolg verspricht. Unter diesen Voraussetzungen kann der Antrag gestellt werden (Opportunitätsprinzip). Wird er gestellt, so bindet er das Gericht, welches zur Nachprüfung nicht berechtigt ist. Ob auch in dieser Bestimmung die Novelle als Wegbereiter der künftigen Gesamtreform angesprochen werden darf[104]), etwa derart, daß das Zwischenverfahren beseitigt wird, muß fraglich erscheinen.

Für die Hauptverhandlung, zu welcher der Flüchtige öffentlich zu laden ist (§§ 279, 280 StPO), gelten die allgemeinen Vorschriften, soweit nicht die Abwesenheit des Angeklagten entgegensteht. Dem Flüchtigen ist von Amts wegen ein Verteidiger zu bestellen (§ 281 StPO). Da sich die Hauptverhandlung gegen den Flüchtigen grundsätzlich nicht von der gewöhnlichen Hauptverhandlung unterscheidet, so kann, wenn der Flüchtige während der in seiner Abwesenheit begonnenen Hauptverhandlung erscheint, diese gegen ihn fortgesetzt werden, nachdem seine Vernehmung nachgeholt wurde[105]). Falls sich das Gericht ohne den Angeklagten nicht von seiner Schuld oder Unschuld überzeugen kann, darf es — zur Vermeidung ungerechtfertigter Freisprechung — einen vorläufigen Einstellungsbeschluß erlassen (§ 2882 StPO).

Gegen das Abwesenheitsurteil (dazu vgl. § 282a StPO) sind zunächst die gewöhnlichen Rechtsmittel und Wiederaufnahmegründe gegeben. Darüber hinaus kann der Flüchtige, nachdem er ergriffen wurde oder sich stellte, binnen einer Woche seit erneuter Zustellung des Urteils (§ 282b I StPO) die Wiederaufnahme beantragen, wenn er sein Ausbleiben durch triftige Gründe rechtfertigt, oder sonstige Umstände vorliegen, die eine Erneuerung der Hauptverhandlung als notwendig erscheinen lassen (§ 282b II StPO). Die Tatsache der Abwesenheit allein kann ein solcher Umstand nicht sein[106]). Sonst „würde Aufbau und Sinn des deutschen Abwesenheitsverfahrens in sein Gegenteil, nämlich ein Formalverfahren, verkehrt".

104) Wie es Rempe tun möchte, vgl. JW 1935, S. 2336.

105) So Amtl. Begr. S. 69. — Anderer Ansicht ist Schwarz, der eine Erneuerung der Hauptverhandlung von Anfang an verlangt; vgl. ZAkDR 1936, S. 120.

106) Das betont mit Recht Freisler JDR 1935/537.

Die amtliche Begründung betont [107]), daß es nicht Absicht des Gesetzgebers ist, das Verfahren allzu häufig angewandt zu sehen. Seine Bedeutung liegt vielmehr in der Wichtigkeit der Einzelfälle, in denen es angewandt wird. In seiner Art stellt es, wie Freisler sagt [108]), ein wichtiges Bekenntnis zum nationalsozialistischen Strafrecht dar.

Das Verfahren gegen Abwesende, die sich der Wehrpflicht entzogen haben, kommt nur bei den Straftaten der §§ 140—140 b StGB zur Anwendung. Es handelt sich um ein Versäumnisverfahren, dessen Schwerpunkt bei der mit der militärischen Ueberwachung beauftragten Behörde liegt. Auf Grund einer Erklärung von ihr (§ 437 StPO) können weder Voruntersuchung noch Klagerhebung abgelehnt werden (§ 436 StPO). Auf Grund dieser Erklärung erfolgt auch — nach der Beweisregel des § 440 StPO — die Verurteilung, jedoch nur, falls sich nicht Umstände ergeben, die dieser Erklärung entgegenstehen (§ 440 I StPO). Die Frage, ob Tatsachen geeignet sind, die Erklärung der Ueberwachungsbehörde zu entkräften, unterliegt der freien Würdigung des Gerichts.

Die Novelle schließt mit einer Reihe von Einzelbestimmungen, sowie den erforderlichen Uebergangs- und Schlußvorschriften.

## § 5. Die Prozeßnovelle als Teilreform des Strafverfahrenrechts.

Die Prozeßnovelle und mit ihr im Zusammenhang die Strafrechtsnovelle mag zum Abschluß dieses Kapitels einer kurzen Betrachtung als Teil der nationalsozialistischen Reform des Strafrechts und Strafverfahrens unterzogen werden. Für das materielle Strafrecht war diese Teilreform schon die vierte und nur eine Fortsetzung der in den ersten drei Novellen begonnenen Neugestaltung des Strafrechts. Für das Strafverfahren und seine Gerichtsverfassung war das Reformwerk vom 28. 6. 35 die erste Inangriffnahme der Neugestaltung nach nationalsozialistischen Grundsätzen. Der Novelle lagen dazu die Arbeiten der Vorkommission, welche mit der Beratung des Strafverfahrens betraut war, zugrunde [109]).

107) S. Amtl. Begr. S. 65.
108) Vgl. Freisler JDR 1935/535.
109) Vgl. Gürtner, Bericht, Vorwort S. 9.

1. Die wichtigste Neuerung der beiden Novellen ist ohne Zweifel die Zulassung des gesunden Volksempfindens als gleichberechtigte lückenausfüllende Rechtsquelle im Strafrecht. Darin kommt die Grundlage des neuen Rechtsdenkens am deutlichsten zum Ausdruck. Darin erkennt der gesetzgebende Staat selbst an, daß nicht das Gesetz, sondern daß die völkische Sittenordnung Ausgangspunkt jeder rechtlichen Betrachtung auch auf dem Gebiet des Strafverfahrens ist und sein muß[110]), und daß das Gesetz nur eine, wenn auch die wichtigste Ausdrucksform des Rechts darstellt. „Deutsches Recht ist die Lebensordnung des deutschen Volkes." „Recht und Leben sind also keine Gegensätze, sondern das Recht ist die sinnvolle — nicht die empirische — Wirklichkeit selbst[111])." Diese weltanschauliche Grundlage hat Eingang gefunden im positiven Recht.

Die Vorschriften der Novellen will Schäfer[112]) in zwei Gruppen einteilen: solche, die dringenden Bedürfnissen Rechnung getragen haben und solche, die eine Teilvorwegnahme der künftigen Gesamtreform darstellten. Für die Neufassung der §§ 2, 2b StGB mit den §§ 267a, 170a, 267b StPO (Zulassung der Rechtsschöpfung und der Wahlfeststellung) trifft wohl beides gleichermaßen zu. Durch sie im wesentlichen wurde die nationalsozialistische Devise: „Nullum crimen sine poena" vom Programmpunkt zur Wirklichkeit erhoben. Diese Bestimmungen waren es vornehmlich, wenn freilich nicht ausschließlich, welche den Uebergang von einer formalen zur materiellen Gerechtigkeit vollzogen haben. Mit ihnen ist ein Stück nationalsozialistischen Strafrechts verwirklicht, das in seinen Grundsätzen unverändert in das künftige deutsche Strafrecht übernommen werden wird.

2. Ein zweites Gebiet der Strafverfahrenserneuerung wurde im neueren Schrifttum vielfach unter der Ueberschrift: „Führertum in der Strafrechtspflege" zusammengefaßt. Auch unter diesem Gesichtspunkt hat die Prozeßnovelle von 1935 die Reform in Angriff genommen. Dabei hat man das Vorverfahren und das Hauptverfahren zu unterscheiden.

---

110) Vgl. Freisler JDR 1935/523.

111) Vgl. Dahm in Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft über „Verbrechen und Tatbestand" S. 85.

112) Vgl. Schäfer JW 1935, S. 2323.

Herr des Vorverfahrens war, schon bisher, der Staatsanwalt. Nur war sein Führertum in mehrfacher Beziehung eingeschränkt. Mit diesen Einschränkungen hat die Novelle erst teilweise aufgeräumt, indem sie die Entscheidung über die Voruntersuchung (und einige andere mehr) in die Hände der Staatsanwaltschaft gelegt hat. Nach dem Bericht der amtlichen Strafverfahrenskommission wird das künftige Strafverfahren der Staatsanwaltschaft noch weitere Rechte einräumen [113]), z. B. als eines der stärksten auch die (zeitlich beschränkte) Anordnung der Festnahme.

In Fortführung dieses Gedankens wurde vielfach vorgeschlagen [114]), auch das Zwischenverfahren müsse beseitigt werden. Der Staatsanwalt als verantwortlicher Führer des Vorverfahrens müsse auch die alleinige Entscheidung darüber besitzen, ob das Hauptverfahren zu eröffnen sei oder nicht. Diese Entscheidung treffe er — so wolle es auch der Anklagegrundsatz — schon mit der Klageerhebung [115]). Und Rempe [116]) glaubte, die Novelle als Wegbereiter der künftigen Gesamtreform zeige in § 278 nF StPO schon deutlich dieses Ziel, wenn sie die Eröffnung des Verfahrens gegen Flüchtige allein dem Staatsanwalt anvertraut habe. Richtig erscheint demgegenüber die Feststellung von Schwarz [117]), wonach die Novelle zu dieser Frage überhaupt noch keine Stellung genommen hat, sondern sie der Gesamtkodifikation überließ. Die amtliche Strafverfahrenskommission folgt denn auch jenem Vorschlag nicht. Sie läßt zwar das Erfordernis des positiven Eröffnungsbeschlusses fallen, sie hat aber sich für die Beibehaltung einer negativen Kontrollfunktion ausgesprochen [118]): Wenn nach der Ueberzeugung des Gerichts eine Verurteilung sei es nur aus rechtlichen, sei es auch aus tat-

113) Vgl. Gürtner, Bericht S. 104 (Lautz).

114) So z. B. E. Schäfer in „Zur Neugestaltung ..." Sonderdruck aus DStr S. 27.

115) Vgl. z. B. „Der Volksrichter ..." S. 17.

116) Vgl. Rempe JW 1937, S. 2336. Lehmann glaubt (DJ 1935/1004), daß die Bindung des Gerichts an die Staatsanwaltschaft bezüglich der Voruntersuchung ein Versuch im kleinen sei zu einer etwaigen späteren Beseitigung des Zwischenverfahrens.

117) Vgl. Schwarz ZAkDR 1936/118 und GS 106/273.

118) Vgl. Gürtner, Bericht S. 118 (Graf v. d. Goltz) „Befassung des Gerichts mit der Anklage und Anberaumung der Hauptverhandlung", insbes. S. 123 ff.

sächlichen Gründen [119]) ausgeschlossen erscheint, so ist es befugt, die Eröffnung des Hauptverfahrens abzulehnen. Im anderen Falle erfolgt die Anordnung der Hauptverhandlung durch Terminsbestimmung, worin ein konkludentes Eröffnungsdekret [120]) zu erblicken ist. Auch in Ausnahmefällen soll die Staatsanwaltschaft eine Hauptverhandlung nicht erzwingen können. Das Zwischenverfahren soll also zwar vereinfacht, aber jedenfalls beibehalten werden, wofür insbesondere die Interessen der Verteidigung und der Gesichtspunkt des Ehrenschutzes des Angeklagten ausschlaggebend sind [121]). So muß die Führerstellung des Staatsanwalts haltmachen vor dem Richterstuhl des königlichen Richters [122]).

Bei der Frage nach der Einführung des Führerprinzips in der Hauptverhandlung hat man wieder zwei Gebiete zu unterscheiden: die Prozeßleitung und die Fällung des Urteils. — Schon das bisherige Recht hat die Leitung der Verhandlung dem Vorsitzenden übertragen. Allein man kann nicht sagen, daß es ihn zum Führer der Hauptverhandlung macht. Denn bei der sogenannten Sachleitung unterstellt es ihn der Kontrolle des Gerichts (§§ 238 II, 242 StPO), indem auf Beanstandung hin über seine Maßnahmen das Kollegium zu entscheiden hat. Ferner weist das geltende Recht eine ganze Reihe von Entscheidungen von vornherein dem Gericht zu, so z. B. die Anordnung der Vorführung, den Erlaß des Haftbefehls, die Ablehnung eines Beweisantrags. Der Entwurf will demgegenüber die Leitung der Verhandlung einschließlich der dem Urteil vorangehenden Entscheidungen dem Vorsitzenden übertragen, ihn also jedenfalls insofern zum Führer der Hauptverhandlung machen, als ihm allein die gesamte, nicht nur förmliche Prozeßleitung zustehen soll [123]).

Die Prozeßnovelle hat in dieser Richtung einen Fortschritt gebracht: die Anordnung eines Beweises obliegt allein dem Vorsitzenden. Im übrigen jedoch hat sie am bisher geltenden

---

119) Entgegen Schwarz ZAkDR 1936/121, der eine Ablehnungsbefugnis nur aus rechtlichen Gründen einräumen wollte.

120) So Nagler GS 111/369.

121) Vgl. Gürtner, Bericht S. 124.

122) Vgl. Schwarz GS 106/273.

123) Vgl. Gürtner, Bericht S. 146 (Niethammer, „Die Hauptverhandlung bis zum Urteil" S. 141 ff.).

Rechtszustand festgehalten. Insbesondere hat die Novelle trotz Neufassung des Beweiseaufnahmerechts daran festgehalten, daß die Ablehnung eines Beweisantrags eines begründeten Gerichtsbeschlusses bedarf. Das geltende Recht geht dabei offenbar von der Erwägung aus, daß diese Entscheidung, welche unmittelbar den Umfang des Prozeßstoffes betrifft und zu den Unterlagen der Urteilsfindung gehört [124]), von Einfluß auf das Urteil sein könne. In der Tat kann von der Behandlung von Beweisanträgen der Ausfall des Urteils weitgehend abhängen [125]). Nun hätte freilich der Vorsitzer auch bei alleiniger Entscheidung über Beweisanträge von Amts wegen alles zu tun, was zur Erforschung der Wahrheit nötig ist (§ 244 II StPO) [126]). Aber wenn grundsätzlich daran festgehalten werden soll, daß das Urteil vom Kollegium und nicht vom Vorsitzer allein gefunden werden müsse, so wäre es nur folgerichtig, wenn auch die Entscheidung über die Unterlagen der Urteilsfindung, also auch die Ablehnung von Beweisanträgen dem Kollegium übertragen würde [127]). Andernfalls sind wichtige, mit der Schlußentscheidung in engem Zusammenhang stehende Vorentscheidungen dem bestimmenden Einfluß der Beisitzer entzogen und ihr Mitbestimmungsrecht an der Schlußentscheidung wäre beeinträchtigt. Wenn Freisler [128]) demgegenüber meint, ein vernünftiger Vorsitzer werde ohnehin die Wünsche der Beisitzer berücksichtigen, so kommt damit zum Ausdruck, daß auch er die Behandlung von Beweisanträgen ihrem Einfluß nicht ganz entzogen haben will. Andererseits muß dabei fraglich erscheinen, ob — angesichts aller menschlichen Unzulänglichkeit — der Gesetzgeber stets mit dem „vernünftigen" Vorsitzer rechnen darf. Deshalb erscheint es richtiger, auch den § 245 III StPO in der Neufassung der Novelle als ein bleibendes Stück der Teilreform zu betrachten [129]).

Zu der Frage, ob der Vorsitzende des Gerichts auch bei der

124) So auch Henkel DStr. 1935, S. 417.

125) Dafür gibt zwei schöne Beispiele Peters in ZgesStW 56/52 f.

126) Vgl. Bericht Gürtner S. 146.

127) Die amtliche Strafverfahrenskommission will die Entscheidung dem Vorsitzer allein belassen und keine Ausnahme von seiner Führerstellung machen (Gürtner, Bericht S. 169).

128) Vgl. in „Der Volksrichter . . ." S. 153.

129) Uebereinstimmend Henkel in DStr 1935, S. 417.

Fällung des Urteils Führer des Gerichtskörpers sein soll, hat die Prozeßnovelle in keiner Weise eine Stellungnahme erkennen lassen. Nachdem sich der Gesetzgeber für die Beibehaltung der Kollegialgerichte nun einmal entschieden hat[130]), wird auch das künftige Strafverfahren daran festhalten müssen, den Beisitzern entscheidende Stimme zu geben[131]), um die Bedeutung ihrer Verantwortung und ihrer Mitwirkung nicht zu vermindern. Insbesondere bei der Beteiligung von Laienrichtern oder in den „gemischten" Militärgerichten wäre eine Führerentscheidung unmöglich, ohne den Sinn und Zweck solcher Gerichte illusorisch zu machen[132]). Unter dem Einfluß der Gedanken Freislers[133]), der zunächst allerdings die Beseitigung des Stimmrechts der Beisitzer vorgeschlagen hatte[134]), folgt auch die amtliche Strafverfahrenskommission der Meinung, daß das Urteil ein Schöpfungsakt des ganzen Gerichts sein müsse und sieht die Möglichkeit einer Abstimmung vor, falls sich eine solche im Einzelfall als erforderlich erweist[135]). Die Prozeßnovelle hat diese schwierige Frage zur weiteren Klärung der Gesamtkodifikation überlassen.

3. Dagegen hat die Novelle durch eine ganze Anzahl von Bestimmungen, die der freieren Stellung von Gericht und Staatsanwalt, der Beseitigung formaler Bindungen dienten, eine Auflockerung des Strafverfahrens geschaffen, die unverändert oder verstärkt — zwar nicht als Selbstzweck, aber als Mittel zum Zweck der Durchsetzung materieller Gerechtigkeit — übernommen werden wird.

Dazu gehört die Auflockerung des Legalitätsprinzips durch § 154 b StPO[136]) und die Ermessensentscheidung der Staatsanwaltschaft über die Voruntersuchung im Vorverfahren[137]). Dazu gehört im Hauptverfahren die Erweiterung des Ermessens

130) Nachweise s. in „Der Volksrichter ..." S. 182 ff.: Creifelds, Der Volksrichter in der Gesetzgebung des Dritten Reichs.

131) Vgl. Kern, Das Führertum in der Rechtspflege S. 15.

132) Vgl. Rudolf Lehmann, Wehrstrafrecht und allgemeines Strafrecht S. 96/97.

133) Vgl. Freisler in „Der Volksrichter ..." S. 151 ff., 155.

134) Vgl. Freisler, Etwas über das Führertum in der Rechtspflege S. 12.

135) Vgl. Gürtner, Bericht S. 63.

136) Vgl. Gürtner, Bericht S. 101 (Lautz).

137) Welche die amtliche Kommission vollends ganz beseitigen will; vgl. Gürtner, Bericht S. 98.

gegenüber Beweisanträgen[138]). Dazu gehört schließlich im Rechtsmittelverfahren die Zulassung der reformatio in peius[139]), ebenso wie die Bindungsbefreiung im reichsgerichtlichen Verfahren, welche bei Inkrafttreten der Gesamtkodifikation nicht wiederholt werden soll[140]).

Die Zulassung der reformatio in peius ist darüber hinaus insofern richtungweisend, als sie nur eine Einleitung der weitergehenden, freilich noch umstrittenen, Beseitigung der Teilrechtskraft darstellt[141]).

138) Welches der Entwurf zugunsten der Aufklärungspflicht von Amts wegen eher einschränken will. Vgl. Bericht S. 168/170 (Niethammer).

139) Vgl. Gürtner, Bericht S. 353/354 (Martin).

140) Vgl. Gürtner, Bericht, S. 416 (Krug); — was aber auch überflüssig ist angesichts der Rechtsprechung des Reichsgerichts, welches die Bindung an ein Urteil verneint, wenn eine Rechtsfrage auf dem Boden einer anderen Rechtsquelle (Gesetz) erwuchs (RGZ 58/383; RGSt 56/429).

141) Vgl. Dörffler in „Der Volksrichter . . ." S. 162 und Siegert in Festschrift für Gleispach S. 170.

## Zweites Kapitel

## Die Revision nach der Prozeßnovelle vom 28. Juni 1935.

### § 6. Grundsätzliches.

Wenn es die Aufgabe der vorliegenden Arbeit sein soll, die Strafprozeßnovelle vom 28. 6. 35 unter dem Gesichtspunkt der Wahrung der Rechtseinheit zu betrachten, so ist es die Einheitlichkeit der Rechtsprechung, welche dabei ins Auge zu fassen ist.

In erster Linie wird freilich die Rechtseinheit hergestellt durch den Erlaß einheitlicher Gesetze für die Volksgemeinschaft. Aber die Gesetzgebung oder das Gesetz bestimmen das Recht nicht allein. Als Menschenwerk selten eindeutig, sind sie dazu gar nicht in der Lage. Hinzu kommen muß die richterliche Auslegung, die Bildung und Ausfüllung von Begriffen, die Ergänzung von Lücken und schließlich die Schöpfung neuen Rechts aus der völkischen Sittenordnung durch den Richter. Es entsteht und besteht also daneben das Richterrecht, dessen Umfang und Bedeutung im Wachsen begriffen ist.

Wenn nun die Rechtspflege durch eine Mehrheit selbständiger Gerichte ausgeübt wird und wenn deren Meinungen über das, was rechtens ist, auseinandergehen, so wäre die Rechtseinheit trotz einheitlicher Gesetze eine Illusion. Die deutsche Rechtseinheit ist also eine unendliche Aufgabe, an der zu arbeiten das schöne Vorrecht der deutschen Richter ist. Sie sicherzustellen ist mithin eine Aufgabe der Gerichtsorganisation und damit des Gerichtsverfassungsrechts. Das geschieht im allgemeinen dadurch, daß über die Instanzgerichte ein oberstes Gericht — in Deutschland das Reichsgericht — gesetzt wird mit der Aufgabe, die Rechtsprechungseinheit zu wahren [1]).

Diese Aufgabe gilt es zu erfüllen einmal im Verhältnis des Reichsgerichts zu den Untergerichten. Da die Entscheidungen des Reichsgerichts keine präjudizielle Bedeutung haben, sondern

1) So daß, soweit Entscheidungen nicht revisibel sind, die Rechtseinheit von unten herauf tatsächlich betont sein kann.

nur in der konkreten Sache wirken, so sind Abweichungen der Tatinstanzen von ihm zunächst möglich (und damit auch Abweichungen der Tatinstanzen untereinander). Das einzige Mittel, die Rechtseinheit im Verhältnis zu ihnen und zwischen ihnen aufrecht zu erhalten ist die Revision an das Reichsgericht [2]). Umgekehrt: Der Zweck der Revision wegen sachlich-rechtlicher Verstöße ist, jedenfalls im geltenden Recht, durchaus überwiegend, wenn auch nicht ausschließlich, in der Herstellung und Aufrechterhaltung der Rechtseinheit zu finden.

Selbstverständlich kann dies nur erreicht werden, wenn vom Reichsgericht selbst eine einheitliche Rechtsprechung ausgeht. Deshalb und weil das Reichsgericht seinerseits wieder aus einer Vielzahl von Spruchkörpern (Senaten) [3]) besteht, ergibt sich als zweite Aufgabe die Sicherstellung der Rechtseinheit innerhalb des Reichsgerichts selbst. Diesem Zweck soll der durch die Prozeßnovelle eingeführte Große Senat dienen.

Das Problem „Wahrung der Rechtseinheit" wäre damit gelöst, wenn das Reichsgericht tatsächlich d a s oberste deutsche Gericht wäre. Da jedoch neben ihm eine Mehrzahl oberster deutscher Gerichte besteht, wird zum Schluß der Arbeit auf das Verhältnis des Reichsgerichts zu diesen und die hieraus entstehende Gefahr der Rechtszersplitterung einzugehen sein.

Die oben aufgestellte Behauptung, die Revision sei vornehmlich ein Mittel zur Wahrung der Rechtseinheit, wurde im Schrifttum mehrfach angegriffen [4]). Diese Streitfrage nach dem Zweck der Revision gibt den Anlaß dazu — und ihre Lösung macht es, um Mißverständnisse bei der Erörterung auszuschließen, erforderlich —, Begriff und Wesen der Rechtseinheit klarzustellen.

1. Unter Rechtseinheit versteht man gewöhnlich die Gleichförmigkeit der angewandten Rechtsnormen. Dies wurde des öfteren schon in folgender Form ausgesprochen: „rechtlich gleiche Behandlung rechtlich gleichliegender Fälle" [5]). An dieser Formulierung ist Kritik geübt worden [6]), weil das Leben keine

2) Vgl. z. B. auch Gürtner beim Festakt zur Einführung des Großen Senats am 21. 11. 35 (VB Südd.A. Nr. 326 v. 22. 11. 35).

3) Es sind zur Zeit 7 Zivilsenate und 5 Strafsenate.

4) Vgl. etwa Mannheim S. 29.

5) Vgl. Mannheim S. 29.

6) Vgl. Tismer S. 31.

„rechtlich gleichliegenden Fälle" gibt [7]). Wenn man aber von den Einzelsachverhalten des Lebens die Besonderheiten abstrahiere und sie auf „rechtlich gleichliegende" Tatbestände zurückführe, so seien es keine Lebensvorgänge mehr, welche allein zu juristischer Behandlung kommen. Daran erscheint richtig, daß die Lebensvorgänge, die an den Richter herangetragen werden, meist variieren werden. Aber andererseits geht jede geltende Rechtsvorschrift schließlich doch eben von der Möglichkeit der gleichliegenden Fälle aus [8]).

Der Begriff Rechtseinheit wird daher am besten so gefaßt werden können, daß die rechtliche Behandlung der mannigfaltigen Einzelfälle des Lebens nach ein und denselben Rechtsgrundsätzen, Rechtsanschauungen, m. a. W. nach einheitlichen Rechtsnormen erfolgt [9]). Rechtseinheit ist Einheit der Rechtsnorm [10]), ist das Gelten e i n e s Rechts in einem bestimmten Gebiet [11]).

Daraus folgt, daß die Rechtseinheit noch nicht verletzt zu sein braucht, wenn im Einzelfall ein Prozeß ungerecht entschieden sein sollte. Denn dazu kann es kommen, ohne daß eine Rechtsfrage unrichtig beantwortet ist, also ohne Gesetzesverletzung im Sinne der §§ 337 StPO, 549 ZPO [12]). Ja selbst bei falscher Beantwortung einer Rechtsfrage braucht die Rechtseinheit nicht gestört zu sein. Denn es gibt Rechtsfragen, die ausschließlich in dem einzelnen Prozeß eine Rolle spielen und nur für ihn entschieden werden [13]), sogenannte individuelle oder konkrete Rechtsfragen. Bei falscher Beantwortung einer solchen ist die Rechtseinheit nicht verletzt [14]).

Dieser Begriff der Rechtseinheit = Rechtsnormeneinheit kann

---

7) Zugebend H. v. Weber, Rechtseinheit und Rechtsprechung S. 1.

8) Das tut auch der Bericht der amtlichen Strafverfahrenskommission S. 415 (Krug), wo gesagt wird: „Nichts schadet ... so sehr, wie richterliche Erkenntnisse, in denen offensichtlich gleichgelagerte Fälle widersprechend entschieden werden."

9) Vgl. Tismer S. 31.

10) Vgl. Weismann ZZP 9/183: „Die Einheit des Rechts, der Rechtsnorm ist es, welche zu überwachen das oberste Gericht berufen ist."

11) Vgl. Pohle S. 85.

12) So richtig zum Begriff der Gesetzesverletzung: Pagendarm S. 4, 5.

13) Vgl. Schwinge S. 55, z. B. Auslegung eines individuellen Vertrags.

14) Von einer Verletzung der Rechtseinheit kann begrifflich nur die Rede sein, wenn wenigstens die Möglichkeit zweimaliger und damit verschiedener Beantwortung derselben Rechtsfrage besteht.

durchaus nicht ein formales Ideal genannt werden [15]). Denn wenn damit, wie dargetan, vielleicht auch noch nicht die gerechte Entscheidung jedes einzelnen Falles schlechthin gewährleistet ist, so ist die Einheit der Rechtsnorm doch die erste und schlechterdings unentbehrliche Voraussetzung zur Ermöglichung jenes Ziels [16]).

Dieser Begriff der Rechtseinheit blieb allerdings nicht unangegriffen [17]). Die These von der formalen Gleichheit der Rechtsanwendung, die doch nur der Vorausberechenbarkeit des Rechts zu dienen bestimmt sei [18]), müsse überwunden werden. Das Recht dürfe nicht durch seine Starrheit im Einzelfall zum Unrecht führen. Sei das der Fall, so sei auch die Rechtseinheit durchbrochen. Die Wahrung der „materiellen Rechtseinheit" müsse erstrebt werden, weil es Rechtseinheit nur auf dem Boden materieller Gerechtigkeit geben könne [19]). Die Rechtseinheit auf der Basis eines materiell nicht gerechten Urteils sichern zu wollen, sei schon deshalb eine Unmöglichkeit, weil es sich dabei niemals um eine Rechtseinheit handeln könne [20]).

Der Begriff der materiellen Rechtseinheit ist wohl zu unterscheiden von der Einheit der Rechtsnorm, wie er oben festgelegt wurde [21]). Ueber letztere hinaus verlangt die materielle Rechtseinheit die gerechte Entscheidung jedes einzelnen Falles [22]). Daß darin das höchste Ziel der Rechtspflege liegt, wird niemand bestreiten. Dennoch ist festzustellen, daß dem geltenden Recht [23]) nicht der Begriff der materiellen Rechtseinheit zugrunde liegt,

---

15) Wie es Mannheim S. 29 getan hat.

16) Vgl. auch Grau ZAkDR 1938/112, 113 „.... Gedanke der Rechtseinheit, ohne dessen Verwirklichung Gerechtigkeit nicht denkbar ist."

17) Vgl. Siegert in ZWehrR 1/258.

18) Vgl. Siegert in Festschrift für Gleispach S. 147: „Hinter dem Wesen der Rechtseinheit steht die sehr stark politisch ausgerichtete Rechtssicherheit des Einzelnen."

19) Vgl. Freisler ZAkDR 1935/92.

20) Vgl. Freisler ZAkDR 1935/92.

21) Vgl. ähnlich Kern, Grundgedanken S. 29: „Dabei sind zwei Gebiete streng auseinander zu halten: die einheitliche Auslegung des Gesetzes einerseits und die einheitliche Feststellung konkreter Rechtsverhältnisse und bestimmter Tatsachen andererseits.

22) Vgl. Tismer S. 32.

23) Im künftigen Recht vielleicht anders: dafür spricht die erweiterte Aufhebungsbefugnis bei der Urteilsrüge, welche gleichermaßen dem Gerechtigkeitszweck wie dem Rechtseinheitszweck dienen soll. Vgl. Gürtner, Bericht S. 386 (Lehmann).

sondern daß es ihm nur um die einheitliche Auslegung des Gesetzes zu tun ist. Das kommt nicht nur in der Ausgestaltung der Revision mit ihrer Beschränkung auf Verletzungen des Gesetzes oder auch in § 136 GVG zum Ausdruck, sondern z. B. auch noch darin, daß die Prozeßnovelle das erweiterte Rechtsmittelrecht im Falle der Rechtsschöpfung nach § 2 nF StGB dem Verurteilten mit d e r Begründung, daß es im Dienste der Rechtseinheit stehe [24]), nicht gegeben hat. Es wird daher im folgenden der Begriff Rechtseinheit im Sinne von Einheitlichkeit der Rechtsanwendung oder „Einheit der Rechtsnorm" zugrunde gelegt.

Die Rechtseinheit ist ein Gebot der Rechtssicherheit und ein Gebot insbesondere der Gerechtigkeit. Dieses Gebot der Gerechtigkeit ist dem Sinne nach auch im Punkt 9 des Programms der NSDAP enthalten, wenn es für alle Reichsbürger gleiche Rechte und Pflichten fordert.

Die Aufgabe aber, welcher die Einheitlichkeit der Rechtsanwendung ihrerseits zu dienen hat, ist eine doppelte. Zum ersten dient sie staatlichen Interessen. Sie muß Richtlinien geben, nach denen die Gerichte, insbesondere die Untergerichte, die konkreten Fälle zu entscheiden haben [25]). Und noch in zweiter Beziehung steht sie im Interesse des Staates: Einander widersprechende Urteile schaden dem Vertrauen in die Rechtspflege [26]).

Zum andern dient die Rechtseinheit der Rechtsgewißheit. Gewiß nicht in dem liberalistischen Sinne, daß sie die Vorausberechenbarkeit des Rechts dem Rechtsbrecher ermöglichen soll [27]). Aber gerade der redliche, staatstreue Volksgenosse muß und will wissen, wie er sich zu verhalten hat, um dem Rechte gemäß zu handeln [28]). Ohne solche Verhaltungsmaßregeln, die häufig erst

24) Diese Begründung wäre schlechthin unlogisch, wenn es im Dienste der „materiellen Rechtseinheit" stünde.

25) Daß dies bei der Revision aus Anlaß der Richtigstellung von Fehlentscheidungen geschieht, darf nicht zu dem Schlusse verleiten, im letzteren sei der alleinige Zweck der Revision zu finden.

26) Vgl. besonders Bericht Gürtner, S. 415 (Krug): „Dann aber schadet dem Glauben an das Recht nichts so sehr, wie richterliche Erkenntnisse, in denen offensichtlich gleichgelagerte Fälle widersprechend entschieden werden".

27) Dagegen wendet sich eindringlich Siegert in Festschrift für Gleispach S. 147 und in ZWehrR 1/249. Wenn er sich dort auch gegen Schwinge wendet, so ist zu beachten, daß er den Begriff der materiellen Rechtseinheit zugrunde legt.

28) Vgl. auch Freisler, NS Recht und Rechtsdenken S. 70/71.

durch die Rechtsprechung geschaffen oder klargestellt werden, kann der einzelne Volksgenosse auch im neuen Recht nicht auskommen [29]). Solche Bestimmungsnormen muß ihm daher eine einheitliche Rechtsanwendung geben [30]).

2. Bei der Erörterung der Frage nach dem Zweck der Revision wird dieser manchmal eine politische Funktion zugeschrieben. So liegt z. B. nach Mannheim [31]) die politische Bedeutung eines entwickelten Rechtsmittelsystems und insbesondere der Revision darin, daß die Regierung die Möglichkeit erhält, durch entsprechende Besetzung der oberen Gerichte einen Einfluß zu gewinnen auf die Rechtsprechung [32]). Auf diesem Wege werde die Rechtspflege den politischen Wünschen der Regierung gefügig gemacht.

Diese politische Funktion der Revision erscheint indessen recht zweifelhaft, ja es ist zu sagen, daß für sie im neuen Staat kein Raum ist. Denn einerseits ist der Richter des nationalsozialistischen Staates im Boden der nationalsozialistischen Weltanschauung fest verwurzelt und schon von daher ist — ohne Einflußnahme der Regierung bei Besetzung gerade der obersten Richterstellen — die Rechtsprechung im nationalsozialistischen Sinne gewährleistet. Im übrigen aber, in jenem weltanschaulichen Rahmen, hat sich der neue Staat mehrmals entschieden zu dem Grundsatz richterlicher Unabhängigkeit bekannt [33]), dem es abträglich wäre, wollte eine Beeinflußung der Rechtsprechung mit solchen Mitteln erreicht oder auch nur gesucht werden [34]). Der Revision kommt überhaupt keine unmittelbare politische Aufgabe zu [35]). Sie dient juristi-

29) Insbesondere auf Gebieten wie etwa dem des Wirtschafts- oder Devisenrechts. Vgl. Schwinge-Zimmerl S. 98/99.

30) Ebenso Tismer S. 32/33: „Die Rechtssicherheit wird am besten durch Verfolgung des Rechtseinheitszwecks erfüllt."

31) Vgl. Mannheim S. 16.

32) Vgl. Mannheim aaO. Eine Regierung verfüge nicht über genügend viele Parteigänger, um alle unteren Richterstellen zu besetzen. „Die Majorität in den Senaten der Obergerichte zu erlangen ist dagegen keine unmögliche Aufgabe."

33) Vgl. VB Berliner Ausgabe A vom 3. 6. 35 (JW 1935, S. 3338), wo betont ist, daß über jene weltanschauliche Bindung die Gerichte selbst, nicht behördlich gebundene Verwaltungsinstanzen wachen. Siehe auch Kern, Grundgedanken S. 9/10 und Freisler, NS Recht und Rechtsdenken S. 99/100.

34) Vgl. Henkel „Die Unabhängigkeit ...." S. 23.

35) Ein derartiger Gesichtspunkt könnte für die Abgrenzung und Auslegung der Revisibilität als außerrechtlicher Gesichtspunkt auch gar nicht von Bedeutung werden.

schen, nicht politischen Zwecken — wenn man nicht insofern mittelbar einen politischen Zweck finden will, daß die Vereinheitlichung und innerliche Erneuerung des deutschen Rechtswesens selbstverständlich auch eine gleichmäßige von einheitlichem Geist getragene Rechtsprechung erfordert. Insofern mag auch die Revision, neben anderem, als Garant der politischen Einheit angesprochen werden [36]).

Unter den juristischen Zwecken der Revision wegen sachlich-rechtlicher Verstöße kommen im wesentlichen zwei in Frage, um die der Streit geht: einerseits der Rechtseinheitszweck, andererseits die gerechte Entscheidung des einzelnen Falls.

Daß die Revision nur dem letzteren Zweck, der gerechten Entscheidung des einzelnen Falls zu dienen bestimmt sei, wurde angesichts ihrer Ausgestaltung im geltenden Recht (man vergleiche nur etwa § 546 ZPO, das Vorhandensein einer Revisionssumme, § 549 ZPO, Ausschluß der Revision bei Verletzung von Landesrechtsnormen, die nur innerhalb eines Oberlandesgerichtsbezirks gelten) noch von niemanden behauptet.

Die Meinung, daß der Rechtseinheitszweck der einzige und schlechthin ausschließliche sei [37]), wurde dagegen mehrfach, neuerdings von Tismer, aufgestellt [38]). Der Gerechtigkeitszweck stehe im unversöhnlichen Widerspruch mit der Tatsache, daß die Revision nur als beschränktes Rechtsmittel ausgestattet sei. Die Gegenmeinung, man könne dem Einzelnen nicht zumuten, auf seine Kosten ein Rechtsmittel einzulegen, daß nur den Interessen der Allgemeinheit zu dienen bestimmt sei [39]), könne nicht durchgreifen, weil in einem auf gemeinschaftsmäßigen Vorstellungen basierenden Staatswesen es keine Unterscheidung zwischen den Interessen des Staates und den Interessen des Einzelnen gäbe.

Im übrigen rechnet gerade Tismer zu dem Begriff der Einheit

---

36) Vgl. Schwinge, Grundlagen S. 51.

37) Wie bei der Kassation. Ueber das Verhältnis von Revision zur Kassation vgl. Schoppe, welcher zu dem Ergebnis kommt, daß zwischen beiden kein essentieller Unterschied, sondern nur ein gradueller Unterschied bestehe. Schoppe S. 8/9, S. 58 f.

38) Vgl. Tismer S. 29 ff.; vgl. auch Stein-Jonas Vorbem. I vor § 545. Weitere Nachweise (Pagenstecher, Silberschmidt) bei Schwinge, Grundlagen S. 32 und Anm. 115.

39) Vgl. Mannheim S. 30/31.

der Rechtsprechung auch die rechtmäßige Entscheidung[40]). Es zeigt sich also, daß er den Begriff der materiellen Rechtseinheit zugrunde legt[41]), womit er den Gerechtigkeitszweck mittelbar als Revisionszweck aufnimmt. Daß im übrigen die Revision auch dem Gerechtigkeitszweck dient[42]), dafür ist auch der neue § 358 I StPO ein Hinweis, durch welchen das Gebot der Herstellung einer materiell gerechten Rechtsmittelentscheidung notfalls durch Strafschärfung auch an das Revisionsgericht gerichtet wird[43]).

Es zeigt sich also, daß die Revision in Wahrheit doch beiden Zwecken dient[44]). Pohle führt diese beiden Zwecke zurück auf den einen Zweck der Rechtssicherheit, welcher aber sehr stark aus der Forderung nach Vorausberechenbarkeit des Strafrechts hergeleitet wird[45]). Nun erhebt sich aber sogleich der Streit um den Vorrang der beiden Zwecke[46]). Denn wenn man, wie das geltende Recht, die Rechtseinheit begrifflich als Einheit der Rechtsnorm zugrunde legt, so ist immerhin eine Kollision der beiden Zwecke möglich[47]), so daß der eine von beiden notwendig zurückweichen muß. Trotzdem kann es freilich nicht als richtig erscheinen, daß ein Ziel, das bei Widerspruch mit dem anderen hinter dieses zweite zurücktreten müsse, praktisch überhaupt außer Betracht bleiben könne[48]).

Den Vorrang nimmt, wie von Schwinge m. E. zwingend nachgewiesen wurde, im geltenden Recht der Rechtseinheitszweck ein[49]).

---

40) Vgl. Tismer S. 32.

41) Im Gegensatz zu seiner Definition auf S. 31.

42) Schon Planck in KVJS Bd. 4 (1862) S. 281 führt aus: man könne nicht Recht sprechen lassen um des Rechts selber willen, sondern nur um der am Rechtsstreit Beteiligten willen.

43) Vgl. RGSt 70/214.

44) Vgl. Schoppe S. 3, Pagendarm S. 3; Schwinge, Grundlagen S. 30; Pohle S. 83. Weitere Nachweise bei Tismer S. 31.

45) Vgl. Pohle S. 91/92.

46) Nach Gürtner, Bericht S. 386 (Lehmann) sollen im künftigen Strafverfahren beide Zwecke gleichermaßen berücksichtigt werden, weshalb die erweiterte Aufhebungsbefugnis aus tatsächlichen Gründen eingeführt werden soll.

47) Vgl. o. S. 40; auch bei Pohle S. 84. Vom Boden der materiellen Rechtseinheit aus ist dies freilich nicht möglich. So hat Freisler ZAkDR 1935, S. 92 recht.

48) Vgl. Pohle S. 80 ff.

49) Vgl. Schwinge, Grundlagen S. 30 ff.
Anderes gilt für das kommende Strafverfahren (Bericht Gürtner S. 391).

Es ist die besondere Aufgabe des Revisionsgerichts, über den Einzelfall hinauszuwirken, Gerichtsgebrauch zu bilden und so die Rechtseinheit herzustellen und zu erhalten [50]). Die Gegenmeinung [51]) läßt, wie Schwinge zuzugeben ist [52]), insbesondere diesen Sonderzweck der Revision unbeachtet. Für den Vorrang des Rechtseinheitszwecks spricht nicht nur die Entstehungsgeschichte unserer Prozeßgesetze [53]) sprechen nicht nur die Prozeßgesetze, etwa §§ 546, 549 ZPO, selbst mit großer Deutlichkeit [54]). Dafür spricht vielmehr auch die richtige Abgrenzung von Parteiinteresse und öffentlichem Interesse. Ob nach einer Berufungsverhandlung (die im Parteiinteresse stand) eine nochmalige Ueberprüfung des Urteils stattfinden soll, das kann sich nur nach öffentlichem Interesse richten, d. h. für die Frage der Revisibilität muß der Rechtseinheitszweck entscheidend sein [55]). Die wichtige Folgerung daraus ist: Revisibel sind alle und nur diejenigen Teile des Urteils, deren Bestehenbleiben für die Gleichförmigkeit der Rechtsprechung nachteilig sein könnte, das sind die Richtlinienfragen [56]), im Gegensatz zu den Fragen des konkreten einzelnen Falles. Denn die Revision beruht eben nicht auf dem Wunsch, der Partei eine weitere Instanz zu geben [57]). Wenn aber das öffentliche Interesse einmal zur Revision geführt hat, so kann das Parteiinteresse [58]), mithin der Gerechtigkeitszweck, sehr wohl Beachtung finden [59]), weil es dann nur insoweit beachtet wird,

---

Auch für das Revisionsgericht soll das Wesentliche die im Ergebnis gerechte Entscheidung sein. Deshalb die „erweiterte Aufhebungsbefugnis" des Urteilsrügegerichts. (Urteilsrügegericht.)

50) Vgl. auch Weismann ZZP 9/181: „Sondern es wird gerade damit dem Revisionsgericht als seine wesentliche Aufgabe zugewiesen, die Wahrung der Rechtseinheit in dem bezeichneten Sinne".

51) Vgl. Mannheim S. 21 ff.

52) Vgl. Schwinge, Grundlagen S. 35.

53) Vgl. den Kommissionsbericht von 1898 bei Adickes in Grundlinien durchgreifender Justizreform S. 25. Hahn, Motive zur StPO Bd. 1, S. 250.

54) Vgl. eingehende Darstellung bei Schoppe S. 14.

55) Vgl. Schwinge, Grundlagen S. 36.

56) Vgl. Schwinge, Grundlagen S. 54.

57) Vgl. Schoppe S. 5.

58) Es mag gestattet sein, das Interesse der Staatsanwaltschaft hier unter Parteiinteresse mit zu verstehen — womit keineswegs über ihre Stellung im Verhältnis zur anderen Partei ausgesagt sein soll.

59) Man will also nicht Recht sprechen lassen um des Rechts selber willen statt um der bei dem Rechtsstreit beteiligten willen, wogegen Planck (KVJS

als ein öffentliches Interesse mit ihm verbunden ist. Wenn die Partei, welche Revision einlegte, eine um der Rechtseinheit willen revisible Gesetzesverletzung mit Erfolg dargetan hat, so wird das Urteil zu ihren Gunsten auch richtiggestellt[60]), und zwar mit bindender Wirkung für das Untergericht (§ 388 I StPO[61]). Das Revisionsgericht hat im Strafrecht darüber hinaus sogar von sich aus zu prüfen, ob der Gerechtigkeit nicht durch eine reformatio in peius zum Siege zu verhelfen ist.

## § 7. Revisionsgründe nach der Novelle.

Wenn nunmehr unter diesem Gesichtspunkt die Revision in ihrer Gestalt, die sie durch die Prozeßnovelle vom 28. 6. 35 erhalten hat, betrachtet werden soll, so sind zunächst die in Betracht kommenden Revisionsgründe zu behandeln.

1. Bei den sachlich-rechtlichen Revisionsgründen unterscheidet man — entsprechend dem logischen Syllogismus, der jedem Urteil zugrunde liegt — drei: Erstens Fehler im Tatsachenbild als dem Untersatz des Urteils (z. B. Unvollständigkeit, notorische Unrichtigkeit des Tatsachenbildes u. a.). Dazu bringt die Novelle keine Aenderung. Die Rechtsrüge im eigentlichen Sinn begreift zweitens die falsche Auffassung und Deutung des Rechtssatzes durch den Richter und drittens eine falsche richterliche Subsumption eines an sich richtig verstandenen Rechtssatzes. Auch zum letzteren bringt die Novelle nichts besonderes. Näherer Betrachtung bedarf jedoch der materiellrechtliche Verstoß des Richters gegen das Gesetz, den er dadurch begeht, daß er es falsch versteht.

a) Dazu gehört — nachdem schon die Nichtanwendung eines geltenden Rechtssatzes oder die Anwendung eines nicht geltenden Rechtssatzes hieher zu rechnen ist — die Verkennung des Wortlauts eines Gesetzes selbst. Darüber hinaus aber auch die Auslegung, deren jedes Gesetz bedarf. Es gibt nur eine richtige

IV/280) sich gewehrt hat. Eine sekundäre Funktion der Revision in diesem Sinne ließ schon Adickes (S. 25) gelten.

60) Anders als bei der französischen Kassation „dans l'intérêt de la loi", vgl. Schoppe S. 10.

61) Anders auch in diesem Punkt die französische Kassation, vgl. Schoppe S. 10/11.

Auslegung des Gesetzes, sie zu finden ist Aufgabe des Richters. Findet er sie nicht, macht er einen Auslegungsfehler — sei es nach der einschränkenden, sei es nach der ausdehnenden Seite des Gesetzes hin —, so liegt eine Gesetzesverletzung vor.

b) Von der Auslegung wird unterschieden die entsprechende Anwendung eines Gesetzes auf einen ähnlichen Tatbestand, auf welchen das, wenn auch schon ausgelegte, Gesetz unmittelbar nicht paßt. Die schwierige Unterscheidung zwischen beiden wird unten zu klären sein. Hier kommt es zunächst nur darauf an, in welcher Weise die „Analogie" die Revision begründet. Schon von jeher war die Analogie zugunsten des Angeklagten zulässig. Wurde sie fehlerhaft angewandt, oder zu Unrecht abgelehnt, so war und ist das ein Revisionsgrund wegen unrichtigen Verständnisses eines oder mehrerer Rechtssätze. Damit waren die Revisionsgründe bis zum 1. 9. 35 wegen unrichtigem Verständnis des Gesetzes erschöpft. Denn die Analogie zuungunsten eines Täters war — um eine Bestrafung ohne vorherige ausdrückliche gesetzliche Androhung zu verhüten — verboten. Erfolgte sie dennoch, war es ein Revisionsgrund im alten Sinne des unrichtigen Verständnisses der Gesetze.

Durch die Strafrechtsnovelle vom 28. 6. 35 wurde im § 2 nF StGB die „Rechtsschöpfung durch entsprechende Anwendung von Strafgesetzen" zugelassen. Es hieße das Wesen dieser Tätigkeit verkennen, wollte man sie einfach als analoge Gesetzesanwendung, nun auch zuungunsten des Angeklagten, bezeichnen [62]), und als solche in das alte Schema einordnen. Es handelt sich nämlich dabei nicht, jedenfalls nicht nur, um eine analoge Anwendung bestehenden Rechts, sondern um eine Auffindung neuen, noch ungeschriebenen Rechts, also eine Tätigkeit, die der Arbeit des Gesetzgebers ungleich näher steht als die bloße Rechtsanwendung. Deshalb bringt die Novelle auch einen ganz neuen Revisionsgrund: Neben den Subsumtionsfehler und das unrichtige Verständnis bestehenden Rechts tritt die fehlerhafte oder unterlassene Schöpfung neuen Rechts nach § 2 nF StGB [63]).

62) „Was man noch immer fälschlicherweise analoge Gesetzesanwendung nennt" — vgl. Freisler DStr 1936, S. 338; ähnlich in JDR 1935/523.

63) Hiezu ist aber nicht auch die fehlerhafte oder unterlassene Analogie zugunsten des Täters zu rechnen. Letztere ist Revisionsgrund nur im alten Sinne. Denn es handelt sich dabei nicht um richterliche Rechtsschöpfung,

c) Von entscheidender Bedeutung angesichts der Art. 1; 1 b und c der Prozeßnovelle (die neueingefügten § 347 a StPO und Nr. 1 a zu § 1 des Art. 2 der VO v. 14. 6. 32) ist nun die Abgrenzung zwischen ausdehnender Auslegung eines Strafgesetzes und rechtsschöpferischer, entsprechender Anwendung auf Grund des neuen § 2 StGB. Bei der Abgrenzung ist zu beachten, daß Analogie und Rechtsschöpfung durch entsprechende Anwendung von Strafgesetzen zwar keineswegs deckungsgleich, sondern etwas verschiedenes sind, daß aber die Grenze dieser beiden nach der Auslegung hin eine gemeinsame ist. Denn sonst könnte die Auslegung überhaupt nicht eindeutig abgegrenzt werden.

Der Ausgangspunkt und der grundsätzliche theoretische Unterschied ist verhältnismäßig klar. Es handelt sich bei der Auslegung um die Klarstellung des Sinnes einer schon festgestellten, schon „gefundenen" Rechtsnorm. Demgegenüber bedeutet die entsprechende Anwendung von Rechtssätzen einen Akt der Auffindung noch ungeschriebenen Rechts. Die Abgrenzung im einzelnen Fall ist jedoch deshalb schwierig, weil schon die ausdehnende Auslegung nach Maßgabe des Grundgedankens, des „Sinnes" einer Norm erfolgt, weil andererseits aber auch die entsprechende Anwendung eines Strafgesetzes nicht erfolgen kann ohne Zutreffen eines Grundgedankens. Dabei gebührt der ausdehnenden Auslegung insofern auch noch der Vorrang, als dort, wo schon sie zum Ziele führt, für die entsprechende Anwendung kein Raum ist [64]).

Nun will Niethammer [65]) die Grenze dadurch finden, daß er formuliert: „Die Auslegung bemüht sich um den Sinn, auch noch den über die Worte hinausgreifenden Sinn des Gesetzes", wohin-

---

weshalb auch die ganzen auf letztere zugeschnittenen prozessualen Vorschriften zur Wahrung der Rechtseinheit nicht passen. Vgl. auch Kohlrausch, StGB zu § 2 Anm. IV 7: Analogie zugunsten des Täters hat mit § 2 nF weder dem Wortlaut noch dem Sinne nach etwas zu tun.

64) Vgl. Niethammer, Ungeschriebenes Strafrecht, in ZgesStW 55. Bd. (1936) S. 746 ff., S. 755. Deshalb ist jede Entscheidung falsch, welche in entsprechender Anwendung eines Strafgesetzes bestraft, wo mit Hilfe verständiger Auslegung unmittelbar nach diesem Gesetz bestraft werden konnte. Vgl. in dieser Hinsicht die Entscheidung des Amtsgerichts Weißenfels vom vom 12. 3. 1936 = JW 1936 S. 1615 Nr. 23 mit zutreffender Anmerkung K. Schäfer.

65) Vgl. Niethammer aaO.

gegen die „Analogie“ eine Lücke ausfüllt derart, daß der Richter auf einen vom Gesetz übergangenen Tatbestand eine Norm anwendet, die für einen verwandten Tatbestand gegeben wurde. Damit ist allerdings die „Analogie“ sehr gut umschrieben. Die Auslegung aber und damit die Grenze zwischen beiden, scheint mir damit nicht scharf genug erfaßt zu sein. Denn wenn sie sich um den „über die Worte hinausgreifenden Sinn“ des Gesetzes bemüht, so füllt damit die Auslegung selbst schon eine Lücke aus, genau so wie die Analogie.

Da eine scharfe und daher vielleicht formale Abgrenzung angesichts des § 347 a StPO als einer Zuständigkeitsvorschrift unerläßlich ist und da ein Unterschied begrifflicher Natur tatsächlich besteht[66]), kann nicht die Feststellung genügen, daß die Grenzlinie oft kaum oder nicht zu ziehen sei[67]). Zur richtigen Abgrenzung kann nur der Wortlaut des Gesetzes dienen. Die erweiternde Auslegung findet ihre Grenze an der völligen Preisgabe des Wortlauts. Wenn also der Sinn und Zweck eines Gesetzes einen unvollkommenen Ausdruck gefunden haben, weil der Wortlaut in der vom Gesetzgeber gewählten Form zu eng oder zu weit gefaßt ist, so ist eine Klarstellung des Wortlauts durch Ausdehnung oder Einschränkung im Wege der Auslegung zulässig. Immer aber muß es sich um ein Richtig- und Ausdenken des durch den Gesetzeswortlaut unvollkommen geäußerten, aber immerhin noch geäußerten Gesetzeswillen handeln[68]).

Die entsprechende Anwendung von Strafgesetzen hat demgegenüber Lücken im Gesetz zu schließen, d. h. solche Tatbestände, die durch den Wortlaut der gesetzlichen Vorschrift überhaupt nicht mehr gedeckt oder nicht angemessen behandelt sind[69]).

66) Auch die Novelle kennt ihn wohl: vgl. Ueberschrift zu Art. 1 gegenüber Präambel in Art. 2. Gürtner betonte beim Festakt zur Einführung des Großen Senates beim Reichsgericht am 21. 11. 35 den „grundsätzlichen Unterschied“ zwischen beiden (VB Südd. A. Nr. 326 v. 22. 11. 35).

67) Vgl. Schaffstein JW 1934 S. 2051. Es ist mE auch falsch, wenn er meint, die an sich schon unscharfe Grenze werde sich in Zukunft bis zur Unkenntlichkeit verwischen, wenn ganz bewußt das künftige StGB in weitestem Umfang wertausfüllungsbedürftige Tatbestandselemente verwenden werde. Das wird allerdings, aber auch nur, eine Erweiterung der Auslegungsmöglichkeiten bewirken. Die Grenze bleibt bestehen.

68) Vgl. RGSt 62/372; übereinstimmend Schwarz ZAkDR 1936/288.

69) Vgl. erstmals beim RGSt RG 70/355 =JW 1937, S. 702 Nr. 18, und Anm. Schäfer.

Diese Ausfüllung erfolgt durch die Rechtsschöpfung eines neuen Straftatbestandes in Anlehnung an den Grundgedanken einer für einen anderweitigen, ähnlichen Tatbestand bereits gegebenen Regel für solche Fälle (Lücken), die von letzterer nach dem Wortsinn ihres Tatbestandes nicht mitumfaßt werden.

Der theoretische Unterschied zwischen Rechtsanalogie und Gesetzesanalogie spielte dabei keine Rolle [70]). Insbesondere wäre es unrichtig, aus § 2 nF StGB, welcher vom Grundgedanken e i n e s Strafgesetzes spricht, zu schließen, daß nur die Gesetzesanalogie zulässig, die Rechtsanalogie dagegen verboten wäre [71]).

Zur Erläuterung der Abgrenzung mögen einige Beispiele dienen: Daß z. B. unter Briefen im Sinne des § 354 StGB auch Paketadressen oder Postkarten gemeint sind [72]), konnte ohne weiteres im Wege der Auslegung gewonnen werden. Desgleichen, daß eine rechtswidrige Zueignung einer Sache im Sinne des § 242 StGB auch dann gegeben ist, wenn sie der Täter nach Einheimsung ihres wirtschaftlichen Wertes dem Bestohlenen zurückgibt [73]) (z. B. Sparkassenbuch, Biermarken) oder endlich, daß das „Inverkehrbringen" des § 147 StGB, worunter an sich die Vorgänge zu verstehen sind, in denen sich der wirtschaftliche Verkehr regelmäßig abspielt, auch dann vorliegt, wenn der Täter falsches Geld, um sich seiner zu entledigen, an Orten wegwirft, an denen es ein anderer aufzunehmen vermag [74]). In allen diesen Fällen traf der Grundgedanke des Gesetzes zu und ließ der Gesetzeswortlaut den diesen Erkenntnissen zugrunde liegenden Gesetzeswillen noch erkennen [75]). Dagegen wäre es unmöglich — was das Reichsgericht [76]) bis heute auch abgelehnt hat —, den Diebstahl aus Schiffen nach § 243 I Z. 2 StGB zu bestrafen. Daß diese Auslegung zwar durch

---

70) Vgl. Schäfer-Dohnanyi § 2 Anm. A III 3: „Dies scheint allenfalls eine Gradfrage ohne praktische Bedeutung." Ebenso Freisler in JDR 1935/523: Ueberhaupt sei die Bezeichnung Analogie tunlichst zu vermeiden.

71) Vgl. Schäfer-Dohnanyi § 2 Anm. A III 2 b.

72) Vgl. RGSt 1/114.

73) Vgl. RGSt 61/217.

74) Vgl. RGSt 67/167.

75) Deshalb hätte auch in RGSt 71/361 der Mitgenuß strafbar erlangter Sachen in unmittelbarer Anwendung des § 259 StGB bestraft werden können („Ansichbringen"), wie Gallas richtig bemerkt; vgl. Gallas Anm. in ZAkDR 1938 S. 28.

76) Vgl. RGSt 70/360 = JW 1937 S. 167 Nr. 24.

den Zweck gerechtfertigt wäre, ist Niethammer ohne weiteres zuzugeben [77]). Indem § 243 I Z. 2 den Diebstahl, der in einem Gebäude oder umschlossenen Raum auf die bezeichnete besonders gefährliche Weise begangen wird, durch eine erhöhte Strafe auszeichnet, trägt er dem allgmeinen Bedürfnis Rechnung, welches eine gegenüber dem offenen Verkehr verstärkte Sicherheit für die zur Beherbergung von Menschen oder Aufbewahrung von Sachen eingerichteten, nicht frei zugänglichen Räume verlangt. Der Grundgedanke trifft also ohne weiteres zu. Aber die „Auslegung" scheitert daran, daß der Wortlaut nicht, auch nicht einmal in ganz unvollkommener Weise erkennen läßt, daß Schiffe auch dahin gehören. Ein Schiff ist nun eben einmal beim besten Willen kein Gebäude [78]). Hier könnte nur — unter den Voraussetzungen des § 2 eine entsprechende Anwendung helfen.

Ebenso verhält es sich bei der seinerzeit aufgetauchten Frage, ob elektrischer Strom Gegenstand eines Diebstahls oder einer Unterschlagung sein könne, oder ob die Entziehung als Betrug oder Sachbeschädigung strafbar sei [79]). Nur die entsprechende Anwendung hätte geholfen. Oder z. B. die Frage der Ersatzhehlerei. Angesichts des klaren und eindeutigen Wortlauts mußte sie auch bei ausdehnender Auslegung unbestraft bleiben. Erst nach § 2 nF StGB kann sie bestraft werden [80]). Aehnlich das Benützen einer Fernsprechanlage durch Einwerfen geringerer Münzen [81]). Hier hatte der technische Fortschritt einen neuartigen Angriff auf das Vermögen ermöglicht, mit dem der Gesetzgeber bei Schaffung des Gesetzes nicht rechnen konnte. Ausdehnende Auslegung half nicht. Das Gericht mußte sich beschränken, die Lücke des Gesetzes dem Gesetzgeber aufzuzeigen und ihm anheimzustellen, ob und wie sie auszufüllen wäre. Seit der Neufassung des § 2 kann hier der Richter selbst Gehilfe des Gesetzgebers sein.

Daß auch die entsprechende Anwendung von Strafgesetzen ihre Grenzen am Zutreffen eines Grundgedankens hat, ist oft betont

---

77) Vgl. Niethammer, Ungeschriebenes Strafrecht in ZgesStW 55/759.

78) Vgl. RGSt 70/361, wo weiter ausgeführt wird, daß Schiffe auch kein umschlossener Raum im Sinne des § 243 I Z. 2 sind.

79) Vgl. RGSt 29/111; 32/165.

80) Dies ist nur sehr zögernd jetzt vom Reichsgericht anerkannt worden, vgl. RG JW 1938 S. 1585.

81) Vgl. RGSt 68/65.

worden. Ob z. B. das Fliegenlassen eines Kanarienvogels nach §§ 2, 303 StGB entsprechend der Sachbeschädigung bestraft werden könnte, mag sehr fraglich erscheinen[82]). Und die Vortäuschung einer strafbaren Handlung ohne Verdächtigung einer bestimmten Person („eines anderen") kann — weil es am Grundgedanken fehlt — nicht nach § 164 StGB bestraft werden[83]).

2. Die Revision wegen Verletzung von Verfahrensvorschriften dient nicht unmittelbar der Rechtseinheitsaufgabe, sondern hat ihren Sonderzweck in der Verhinderung von Gewissenlosigkeit, Nachlässigkeit oder Untüchtigkeit in der Rechtsprechung[84]), oder auch in der Korrektur unverschuldeter Verfahrensverstöße. Aber mittelbar ist ein korrektes Strafverfahren doch auch eine Voraussetzung der einheitlichen Anwendung einheitlicher Rechtsnormen. Der Vollständigkeit halber mag daher untersucht werden, ob und welche neuen prozessualen Revisionsgründe durch die Novelle vom 28. 6. 35 eingeführt wurden. Das erfolgte durch die neuen Vorschriften über die Beweisaufnahme:

Die Aufklärungspflicht des § 244 II StPO war schon im alten Recht enthalten: die Praxis hat sie aus § 155 II StPO abgeleitet. Nun bemerkt zwar die amtliche Begründung[85]), daß die ausdrückliche Formulierung der Aufklärungspflicht nicht dazu bestimmt sei, die Rechte des Revisionsgerichts über das schon bis dahin geltende Recht hinaus zu erweitern. Indessen weist Niethammer[86]) mit Recht darauf hin: „Die Vorschrift gibt dem Revisionsgericht den Anhalt dafür, daß es ein angefochtenes Urteil auf eine durch die Angabe von Tatsachen gemäß § 344 II StPO gestützte Verfahrensbeschwerde[87]) aufhebt, wenn die Nachprüfung einen Verstoß gegen § 244 II StPO und das Beruhen des Urteils auf dem Verstoß erkennen läßt". Jedenfalls kann also eine Verfahrensrüge auf § 244 II StPO gestützt werden, ohne daß es der ausdrücklichen Anführung des § 245 I oder II StPO (welcher gewissermaßen Ausführungsvorschrift ist zu § 244 II StPO) be-

82) Dafür Schwarz ZAkDR 1936/119; dagegen Zimmerl in Festschrift für Graf Gleispach S. 180.

83) Vgl. RGSt 70/369; 71/356; dagegen Schäfer JW 1937 S. 383.

84) Vgl. Schwinge, Grundlagen S. 39.

85) S. Amtl. Begr. S. 54.

86) Vgl. Gündel-Hartung-Niethammer ErgBd zu Löwe-Hellweg § 244 Anm. 4.

87) Etwa willkürliche oder oberflächliche Behandlung von zur Verfügung stehenden Beweismitteln.

dürfte[88]). Ja darüber hinaus wurde vom Reichsgericht eine Revision bei Ablehnung eines Verstoßes gegen § 245 I StPO wegen Verstoßes gegen § 244 StPO für begründet erklärt[89]).

Nach § 245 I StPO entscheidet über Beweisanträge weitgehend das freie Ermessen des Gerichts. Da das Gesetz auf das subjektive Ermessen abgestellt hat, so ist dieses irrevisibel. Aber es wurde schon eingangs[90]) betont, daß es selbstverständlich nicht willkürlich gehandhabt werden durfte. Sonst müßte die Revision eingreifen[91]).

Eine weitere Revisibilität des freien Ermessens ergibt sich aus der Revisibilität der bei Ausübung des Ermessens verwerteten Denkgesetze und Erfahrungssätze. Dabei muß man sich des Zusammenhangs zwischen § 245 I StPO und § 261 StPO klar sein. Wenn das Gericht einen angebotenen Beweis ablehnt, so muß es nach § 34 StPO die Ablehnung begründen und es wird die Ablehnung neben anderem damit begründen, daß es sich von der Richtigkeit des bisher gewonnenen Tatsachenbildes schon gemäß § 261 StPO überzeugt habe (falls der angebotene Beweis überhaupt zur Sache erheblich ist). Bei dieser Beweiswürdigung sind die zugrunde gelegten Sätze der Logik (RGSt 61/151, seitdem sie angeblich ein selbständiger Revisionsgrund seien) und Erfahrungswelt (vgl. RGZ 99/70 ff.) als Ergänzungsnormen[92]) zu den Beweisvorschriften revisibel[93]). Denn sie werden infolge ihrer rechtsgrundsätzlichen Natur durch § 261 StPO zum mittelbaren Gesetzesinhalt und zur bindenden Rechtsregel erhoben, so daß ein Verstoß dagegen eine Gesetzesverletzung im Sinne des § 337 StPO darstellt.

Zu diesen Erfahrungssätzen gehörte nach der Rechtsprechung des Reichsgerichts aber auch der in vielen Urteilen aufgestellte Satz[94]), daß sich regelmäßig erst nach der Vernehmung der

88) Uebereinstimmend Schäfer-Lehmann-Dörffler zu § 244 Anm. 1.
89) Vgl. RG JW 1938 S. 1588 Nr. 12.
90) Vgl. o. S. 19.
91) Vgl. Amtl. Begr. S. 54.
92) Ein selbständiger Revisionsgrund sind sie auch nach der Entscheidung RGSt 61/151, 154 nicht. Vgl. Schwinge, Grundlagen S. 187 ff.
93) Vgl. etwa JW 1932 S. 3070; eingehende Nachweise aus Wissenschaft und Rechtsprechung bei Schwinge, Grundlagen S. 151, 154 ff.; ferner Schwinge, in JW 1938 S. 769 ff.; auch Oetker GS 107/35.
94) Vgl. auch o. S. 19.

Zeugen entscheiden läßt, welchen von ihren sich widersprechenden Aussagen mehr Glauben beizumessen ist, daß allgemein ein angebotener Entlastungsbeweis grundsätzlich nicht nur mit der Begründung abgelehnt werden darf, das Gericht habe sich schon durch das Ergebnis der bisherigen Beweisaufnahme von der Unwahrheit der unter Beweis gestellten Behauptung überzeugt [95]). Denn der Wert der schon erhobenen und noch zu erhebenden Beweismittel lasse sich in der Regel nicht im voraus bestimmen [96]). Anders steht es selbstverständlich, wenn das angebotene Beweismittel offensichtlich untauglich ist oder der Prozeßverschleppung dient.

Hält man dieser Rechtsprechung den neuen § 245 I StPO gegenüber, welcher ausdrücklich das Ermessen des Gerichts gegenüber weiteren Beweisanträgen entscheiden lassen will, so könnte man zunächst meinen, daß jener Erfahrungssatz nicht mehr verwertet werden dürfte. Denn die amtliche Begründung [97]) meint, das Gericht dürfe einen Beweisantrag ablehnen, wenn es die Erhebung des Beweises zur Erforschung der Wahrheit nicht für erforderlich hält. In dieser Begründung ist die Aussage enthalten, daß das neue Beweismittel zu einer anderen Beurteilung keinen Anlaß geben werde. So aber wäre die Begründung eine Vorwegnahme des Beweisergebnisses [98]), eine Mißachtung des genannten Erfahrungssatzes und also rechtsverstößlich.

Das wesentlichste eines Erfahrungssatzes ist, daß er — zwar aus Tatsachen gewonnen — eine auch für die Zukunft Geltung beanspruchende allgemeine Regel enthält [99]). Ein Erfahrungssatz besteht also — wenn er richtig erkannt war — auch nach einer Abänderung des Gesetzes fort. Wenn nun zwar der Gesetzgeber im Falle des § 245 I StPO dem Richter nicht nur ein richterliches, durch die Aufklärungspflicht des § 244 II StPO gebundenes, sondern ein freies Ermessen eingeräumt hat [100]), so hat er damit jenen Erfahrungssatz doch nicht aus der Rechtsprechung

95) Vgl. Urt. IV. Str.Senat v. 7. 10. 19 = GoltdArch. Bd. 64, S, 356,
96) Vgl. Urt. I. Str.Senat in GoltdArch. Bd. 46, S. 214.
97) Vgl. Amtl. Begr. S. 53.
98) Gegen sie wendet sich mit zwei eindrucksvollen Beispielen aus der Praxis Peters in ZgesStW Bd. 56 S. 52 f.
99) Vgl. Pagendarm S. 27.
100) Vgl. o. S.. 18 Anm. 45.

beseitigen wollen, sondern im Gegenteil ihn mittelbar zum Gesetzesinhalt gemacht [101]). Demnach ist es nach wie vor unzulässig und ein revisibler Verfahrensverstoß, wenn der Richter unter Vorwegnahme des Beweisergebnisses Beweisanträge ablehnt mit der alleinigen Begründung, das Gegenteil stehe für das Gericht schon fest [102]).

Eine Einschränkung erleidet dieser Grundsatz zwar gegenüber dem Antrag auf Augenscheinseinnahme. Einen solchen Antrag, gestellt zum Nachweis, daß eine Zeugenaussage unrichtig sei, kann das Gericht unter dem neuen Rechtszustand mit der Berufung auf die Glaubwürdigkeit einer Zeugenaussage allein ablehnen [103]). Die frühere, nur zeitweise auch für diese Umstände in der Rechtsprechung zugebilligte Ausnahme [104]), die Ablehnung sei eine nicht zu billigende Vorwegnahme des Beweisergebnisses, sei nach der Neuregelung der Beweisrechte nicht mehr berechtigt. Gegenüber einem Antrag auf Augenscheinseinnahme läßt sich also u. U. das Beweisergebnis im voraus übersehen — mit dieser Einschränkung nur war jener Erfahrungssatz seit jeher richtig [105]).

Im übrigen aber wird zur Ablehnung eines Entlastungszeugen oder eines sonstigen Beweisantrags nicht die Begründung allein ausreichen, daß der Beweis zur Erforschung der Wahrheit nicht erforderlich sei [106]), oder — was dasselbe ist — daß der Sachverhalt im Hinblick auf das bisherige Ergebnis genügend geklärt sei [107]). Hinzukommen muß vielmehr, daß der Antrag offensichtlich unbegründet ist, oder daß er der Prozeßverschleppung dient, oder irgend ein anderer Umstand, der die Zurückweisung nicht als Verstoß gegen jenen Erfahrungssatz erscheinen läßt, z. B. auch die Feststellung, daß von einem Zeugen eine sachdienliche

101) Woraus ja seine Revisibilität zu begründen war.

102) Das wird auch von Schwarz StPO Anm. C zu § 245 aufrechterhalten. Vgl. auch Niethammer in DStr 37/131: „Diese Stütze hielt unerschütterlich stand."

103) Vgl. RG JW 1938 S. 1588 Nr. 11 und Nr. 12.

104) Vgl. zuletzt JW 1932 S. 954 Nr. 22.

105) Vgl. RGSt 47/100 (107).

106) Die amtliche Begründung (S. 53) geht also in diesem Punkt entschieden zu weit.

107) Diesen Standpunkt teilt für das geltende Recht auch noch der Bericht der amtlichen Strafverfahrenskommission S. 167, 169 (Niethammer). Erst für das künftige Recht will Henkel (DStr 1935/421) diesen Ablehnungsgrad in das Gesetz aufnehmen.

Auskunft keinesfalls zu erwarten sei, wenn sie unabhängig vom bisherigen Beweisergebnis getroffen wurde.

Das freie und irrevisible Ermessen erleidet so eine empfindliche Einschränkung, welche aber nicht zu umgehen sein dürfte.

Die sich möglicherweise aus Verstoß gegen § 245 II StPO ergebenden Revisionsgründe dürften zu Schwierigkeiten keinen Anlaß geben, um so weniger, als es sich dabei um kodifizierte Rechtssätze der reichsgerichtlichen Rechtsprechung handelt, also eine richterliche Klärung schon erfolgt war.

## § 8. Voraussetzungen der Revision.

1. Bei der Frage nach der Geltendmachung der Revision gilt für die Einlegung nichts besonderes. Erforderlich ist zunächst nur die Form und Frist des § 341 StPO, auch dann, wenn die Staatsanwaltschaft von ihrem erweiterten Rechtsmittelrecht Gebrauch macht. Der Wortlaut des § 1 Nr. 1 a des Art. 2 der VO vom 14. 6. 32 (kann ... Revision einlegen, wenn sie geltend macht, daß die entsprechende Anwendung eines Strafgesetzes zu Unrecht erfolgt oder nicht erfolgt sei) darf nicht so verstanden werden, als ob jene Rüge schon mit der Einlegung erhoben werden müßte. Es genügt vielmehr, wenn sie zusammen mit der Revisionsbegründung erhoben wird [108]).

2. a) Damit die Revision zulässig ist, war nach dem Rechtszustand seit 1932 weiterhin erforderlich, daß der Revisionskläger sein Rechtsmittelrecht noch nicht aufgebraucht hatte. In Strafsachen amtsgerichtlicher Zuständigkeit schloß der Gebrauch eines Rechtsmittels die Einlegung eines weiteren aus (§ 1 Nr. 1 Art. 1 VO v. 14. 6. 32). Das gilt für den Verurteilten nach wie vor. Für die Staatsanwaltschaft ist dagegen eine Ausnahme geschaffen worden, wenn sie fehlerhafte oder unterlassene Rechtsfindung (§ 2 nF StGB) rügt. Dabei ist die Fassung des angefochtenen Urteils oder der Revisionsantrag gleichgültig. Entscheidend ist nur der Inhalt der Rüge der Staatsanwaltschaft [109]). Auf diese Weise sollte der Staatsanwaltschaft als Vertreterin der Staatsführung die Möglichkeit gegeben werden, in dieser Frage ihren Standpunkt stärker

108) Vgl. Schäfer-Lehmann-Dörffler zu Art. 2 § 1 Nr. 1 a VO v. 14. 6. 32 Anm. 5.

109) Vgl. Schäfer-Lehmann-Dörffler aaO Anm. 4.

als sonst zur Geltung zu bringen und somit einen gewissen Einfluß auf die Entwicklung des Richterrechts zu nehmen [110]).

Das erweiterte Rechtsmittelrecht will aber keineswegs eine Art Sonderaufsicht über die Rechtsprechung zur entsprechenden Anwendung von Strafgesetzen einführen. „Der Richter kann nicht dort, wo er sich allerdings besonders bewähren muß, unter eine Sonderaufsicht gestellt werden" [111]). Die Novelle hat daher besondere Vorsichtsmaßregeln ausdrücklich abgelehnt [112]). Die wahre Bedeutung des erweiterten Rechtsmittelrechts wird vielmehr im Zusammenhang mit § 347 a StPO (Antragsrecht zur Begründung reichsgerichtlicher Zuständigkeit) ersichtlich: Die Wahrung der Rechtseinheit ist auf dem Gebiet richterlicher Rechtsschöpfung so dringlich, daß in solchen Fragen unter allen Umständen die Möglichkeit eröffnet werden mußte, daß das Reichsgericht mit seiner Autorität über das ganze Reich und mit seiner besonderen Einrichtung zur Wahrung der Rechtseinheit (dem Großen Senat) zum Wort kommt [113]). Die Erweiterung der Revision soll dem Reichsgericht seine Aufgabe erleichtern, Hüter der Einheit des Rechts in allen deutschen Gauen zu sein, auf dem Gebiet, wo es sich darum handelt, neue Wege der Rechtsprechung zu finden und zu sichern [114]).

b) Aus dem nämlichen Grund hat die Novelle davon abgesehen, ein entsprechendes erweitertes Rechtsmittelrecht auch dem Verurteilten zu geben [115]). Dabei ging der Gesetzgeber offenbar von der Erwägung aus, daß es dem Verurteilten doch nicht zugemutet werden könne, um der Rechtseinheit willen ein Rechtsmittel — zudem auf seine Kosten — einzulegen. Zugegeben! — aber ein

110) „Die Staatsführung hat sich für den Fall entsprechender Gesetzesanwendung einen weitergehenden Einfluß auf die Rechtsbildung vorbehalten als sonst den Gerichten gegenüber". Vgl. Lehmann JW 1935 S. 2327.

111) Vgl. Freisler JDR 1935 S. 524.

112) Vgl. Amtl. Begr. S. 51. Das erweiterte Rechtsmittelrecht stellt auch eine solche nicht dar, weil es sowohl für den Fall der Anwendung als auch für den Fall der Nichtanwendung des Volksempfindens als Rechtserkenntnisquelle gegeben wurde (so Freisler JDR 1935 S. 524).

113) Vgl. Lehmann JW 1935 S. 2327: „Diese Rechte ... nicht mit Rücksicht auf die einzelne Sache, sondern mit Rücksicht auf die Neubildung und Fortbildung des Rechts durch den Richterspruch."

114) Vgl. Gürtner beim Festakt zur Einführung des Großen Senates am 21. November 1935 (VG Südd. A. Nr. 326 v. 22. 11. 35).

115) Vgl. Amtl. Begr. S. 51; Lehmann JW 1935 S. 2327.

Rechtsmittelrecht wäre noch lange keine Pflicht. Und warum sollte es dem Verurteilten verwehrt werden, freiwillig ein Rechtsmittel, das im Dienste der Rechtseinheit steht, zu gebrauchen? [116]) Zudem wurde oben gezeigt, daß zwar für die Revisibilität der Rechtseinheitszweck entscheidend sei, daß aber, wenn einmal aus solchem Anlaß einer Revision eingelegt wurde, der Revisionsrichter das Urteil auch nach der Seite der Gerechtigkeit in beschränktem Umfang zu prüfen und richtig zu stellen hat.

Das erweiterte Rechtsmittelrecht des Angeklagten wäre allerdings nur dann gerechtfertigt, wenn es dazu beitrüge, die Rechtseinheit wirksamer zu fördern. Das ist indessen der Fall: Die Staatsanwaltschaft hat zwar ihr erweitertes Rechtsmittelrecht auch für den Fall erhalten, daß von § 2 nF StGB positiv Gebrauch gemacht wurde. Aber sie wird sich, wenn ein Strafgesetz entsprechend angewandt wurde, häufig dabei begnügen, und das eben dann, wenn eine Ueberprüfung nicht so sehr um des Ergebnisses willen als vielmehr um der Rechtseinheit willen angebracht wäre, während der Verurteilte — aus seinem eigenen Interesse an einer etwaigen Richtigstellung der Verurteilung heraus — vielleicht doch Revision einlegen würde. Daß aus diesem Mangel eine Rechtsunsicherheit und Rechtszersplitterung entsprungen ist und entspringen kann, zeigt die Zusammenstellung der Rechtsprechung zu § 2 nF [117]). So lagen z. B. im ganzen drei landgerichtliche und zwei amtsgerichtliche Urteile [118]) vor, welche die Anzeige ohne Verdächtigung einer bestimmten Person in entsprechender Anwendung des § 144 StGB bestraft hätten, während das Reichsgericht in zweimaliger Entscheidung dies abgelehnt hat [119]). Dabei war das zeitlich erste Urteil, welches die Bestrafung aussprach, ein Berufungsurteil des Landgerichts (Bayreuth) [120]), das die Bestrafung des Vorderrichters aufrecht erhielt. Hätte hier der

116) So will auch der amtliche Kommissionsbericht (S. 421, Krug) den Angeklagten oder Verteidiger bei der Wahrung der Rechtseinheit mit einschalten. Es ist doch gewiß kein Mißstand, wenn das Sonderinteresse der Partei für das „rechtswissenschaftliche [Interesse] der Justiz" verwertet wird (wie Sturm ZGesStW 36/46 meinte).

117) Vgl. Bepler JW 1938 S. 1553, „Uebersicht über die Rechtsprechung der deutschen Gerichte zur entsprechenden Anwendung von Strafgesetzen".

118) Vgl. Bepler JW 1938 S. 1559.

119) Vgl. RGSt 70/367 und RGSt 71/306.

120) Vom 21. 9. 36 = DJ 1936/1613.

Verurteilte ein erweitertes Rechtsmittelrecht gehabt, wäre vielleicht schon daraufhin eine reichsgerichtliche Klärung erfolgt. Aehnlich verhielt es sich in der Frage der Bestrafung der sog. Ersatzhehlerei in entsprechender Anwendung des § 259 StGB. Hier standen der überkommenen und zunächst aufrechterhaltenen [121]), eine Bestrafung nach § 2, 259 StGB ablehnenden Rechtsprechung des Reichsgerichts nicht weniger als fünf amtsgerichtliche, ein landgerichtliches und ein oberlandesgerichtliches Urteil gegenüber [122]), welche — mit durchaus verschiedener Begründung, insbesondere verschiedener Fassung des Grundgedankens — § 259 StGB entsprechend anwandten. In keinem Falle hat die Staatsanwaltschaft ihre Möglichkeit, eine Revision an das Reichsgericht zu bringen, ausgenützt. Für die Verurteilten andererseits bestand keine Möglichkeit an das Reichsgericht zu gelangen. Erst in der Entscheidung vom 18. 3. 38 [123]) kam es zu einer gewissen Klärung dieser Frage durch das Reichsgericht [124]).

Daher darf man wohl glauben, daß eine erweiterte Zulassung der Revision bei entsprechender Anwendung eines Strafgesetzes auch auf seiten des Angeklagten sehr wohl zur Wahrung der Rechtseinheit hätte beitragen können. Es ist daher zu begrüßen, wenn das künftige Strafverfahrensrecht im Hinblick auf Rechtsfragen von grundsätzlicher Bedeutung auch dem Verurteilten ein zweites Rechtsmittel einräumen will, welches nach den Grundsätzen des Verfahrensrechts im Regelfall nicht mehr gestattet ist. Die erweiterte Zulässigkeit dieser Urteilsrüge soll jedoch abhängig gemacht werden von einer ausdrücklichen Gestattung im anzufechtenden Urteil [125]). Daß diese Beschränkung nicht wieder zu einem Hindernis für raschmöglichste Herstellung einheitlicher Rechtsprechung werden kann, dafür wird eine vernünftige Handhabung der Zulassung zu sorgen haben.

3. Für den Revisionsantrag gilt auch in Fällen der Ueberprüfung richterlicher Rechtsschöpfung (§ 2 nF StGB) nichts besonderes. Wohl aber für die Revisionsbegründung:

---

121) Vgl. RGSt 70/377 (385) = JW 1937 S. 174.
122) Vgl. Bepler JW 1938 S. 1565.
123) Vgl. JW 1938 S. 1585.
124) Weitere ähnliche Fälle lassen sich an Hand der Aufstellung von Bepler aufzeigen.
125) Vgl. Gürtner, Bericht S. 421 (Krug).

Es muß sich für die Zulässigkeit der Revision als zweiten Rechtsmittels der Staatsanwaltschaft spätestens aus der Begründung [126]) ergeben, daß sie die Anwendung oder Nichtanwendung des § 2 nF StGB rügt. Denn maßgebend für die Entstehung des erweiterten Rechtsmittelrechts ist ausschließlich ihre Rüge. Andernfalls wäre die Revision als unzulässig zu verwerfen. Daraus folgt, daß im Gegensatz zu den sonstigen Rügen, welche die Anwendung des materiellen Rechts betreffen, genau der Teil des § 2 angegeben werden muß, dessen Anwendung oder Nichtanwendung gerügt wird. Dagegen ist es nicht erforderlich (wenn freilich in hohem Maße zweckmäßig), das Gesetz, nach dessen Grundgedanken entsprechend bestraft werden soll, anzuführen.

## § 9. Zum Revisionsverfahren.

1. Die Zuständigkeit für das weitere Revisionsverfahren ist nach den allgemeinen Regeln für die vom Amtsgericht und Schöffengericht kommenden Sachen beim Oberlandesgericht, im übrigen beim Reichsgericht begründet. Steht ein Fall entsprechender Anwendung von Strafgesetzen in Frage, so entscheidet die Grundgedankentat.

Daß auch die oberlandesgerichtliche Revision vorwiegend der Rechtseinheitsaufgabe dient, darf nicht verkannt werden. Denn bei der großen Autorität, die das Reichsgericht auf Grund seiner Erfahrung und Tradition besitzt, werden sich die Oberlandesgerichte im allgemeinen, auch wenn letzte Instanz seiner Auffassung anschließen [127]). Die Bedeutung des Revisionsgerichts für die Wahrung der Rechtseinheit liegt nicht allein in seinen konkreten Entscheidungen, sondern liegt wesentlich auch in der Au-

126) Während dieses Erfordernis „bei der Einlegung" noch nicht bestand. Das Gericht, bei dem die Revision eingelegt wird, muß also — vor Zurückweisung wegen Unzulässigkeit gemäß Art. 1 § 1 Nr. 1 VO v. 14. 6. 32 — immer auf die staatsanwaltschaftliche Begründung warten.

127) Vgl. dazu die Feststellung H. v. Webers S. 20/21: Die Oberlandesgerichte haben in stärkerem Maße, als man das seinerzeit nach der Emminger Verordnung, die ihnen eine weitgehende Revisionstätigkeit letzter Instanz einräumte, erwarten zu können glaubte, an der Rechtsprechung des Reichsgerichts festgehalten. Sie haben durch diese freiwillige Unterordnung die Rechtseinheit erhalten. Entgegen den gehegten Befürchtungen — vgl. etwa Rosenberg, Das Reichsgericht und die Rechtseinheit, DJZ 1924 S. 260 oder Alsberg, Die Vernichtung einheitlicher Strafrechtspflege in JW 1924 S. 1658.

torität, welche der in einer Entscheidung geoffenbarten Rechtsansicht des höchsten Gerichtshofes zukommt. Letztere soll beruhen auf dem inneren Wert der Ansicht, ihrer Richtigkeit, dem Gewicht, der Ueberzeugungskraft ihrer Gründe [128]).

Immerhin, da eine absolute Präjudizienbindung an die Erkenntnisse des Reichsgerichts nicht vorhanden ist, besteht die Möglichkeit abweichender Entscheidungen der Oberlandesgerichte [129]).

a) Um das letztere auf dem Gebiet der richterlichen Rechtsschöpfung durch entsprechende Anwendung von Strafgesetzen unter allen Umständen sofort vermeiden zu können, hat die Novelle (§ 347 a StPO) für dieses Gebiet der Staatsanwaltschaft die Möglichkeit eröffnet, die Zuständigkeit des Reichsgerichts zu begründen. Die Vorschrift stellt mithin eine Ergänzung der §§ 121, 135 GVG dar. Ob allerdings die Zuständigkeit des Reichsgerichts für den ganzen Umfang des § 121 Nr. 1 GVG [130]) begründet werden kann, erscheint für § 121 Nr. 1 d (Revision von Landesrechtsnormen) dann fraglich, wenn die landesrechtliche Norm Gültigkeit nicht über den Bezirk eines Oberlandesgerichts hinaus besitzt (Gedanke des § 549 ZPO). Im übrigen hat die Zuständigkeit der Oberlandesgerichte für Revisionen in Strafsachen dadurch eine bedeutende Einschränkung erfahren [131]).

Entscheidend für den Wechsel der Zuständigkeit ist der einfache, nicht an besondere Formen gebundene Antrag der Staatsanwaltschaft [132]). Gleichgültig ist, wer die Revision eingelegt hat. Auch wenn der Verurteilte sie einlegte, kann die Staatsanwaltschaft die Revision an das Reichsgericht ziehen. Der Staatsanwaltschaft soll aber den Antrag nur stellen, wenn es sich um die Entscheidung einer bedeutsamen Rechtsfrage handelt [133]). Außerdem

---

128) Vgl. Weismann ZZP Bd. 9 S. 184.

129) Daß sich solche Abweichungen, solange Oberlandesgerichte neben dem Reichsgericht Revisionsinstanzen sind, nie ganz vermeiden lassen, betont Tismer S. 46. Eine Anzahl von Beispielen finden sich bei A. Weber, Wahrung der Rechtseinheit in Strafsachen, JW 1929 S. 2678, der bedauert, daß (beim OLG Dresden) vielfach ein Gegensatz zur ständigen Rechtsprechung des Reichsgerichts hergestellt worden sei.

130) Wie Schäfer-Lehmann-Dörffler zu § 347 a Anm. 2.

131) Vgl. Klingebiel S. 96.

132) Vgl. Lehmann JW 1935 S. 2327.

133) Vgl. Nr. 237 Abs. 5 der „Amtlichen Richtlinien für das Strafverfahren" in der Fassung v. 7. 8. 35 (DJ S. 1124). S. auch Amtl. Begr. S. 78.

hat er vorher die Zustimmung des Generalstaatsanwalts einzuholen [133]).

Ueber die Zulässigkeit des Antrags entscheidet wiederum nur die mit dem Antrag zu verbindende Rüge der Staatsanwaltschaft. Nur sie, nicht das angefochtene Urteil oder die vielleicht vom Verurteilten eingelegte Revision muß die Rechtsschöpfung nach § 2 nF StGB zum Gegenstand haben.

Spätester Zeitpunkt für die Anbringung des Antrags nach § 347 a StPO ist der Beginn der Hauptverhandlung vor dem Revisionsgericht (§ 351 StPO). Die Aktenvorlage geht unmittelbar an das RG, wo nicht, gilt § 348 StPO für das OLG. Bis zum Beginn der Hauptverhandlung vor dem RG kann der Antrag auch zurückgenommen werden, wodurch das Reichsgericht seine Zuständigkeit verliert (also § 348 StPO). Dieses Recht ist dem Oberreichsanwalt deshalb gegeben worden [134]), weil er vielleicht im Gegensatz zur örtlichen Staatsanwaltschaft die Durchführung der Revision zwar für erwünscht hät, die Anrufung des Reichsgerichts aber für überflüssig erachtet.

b) Der Oberreichsanwalt kann darüber hinaus die eingelegte Revision — soweit sie nicht vom Verurteilten eingelegt war — entweder selbst zurücknehmen [135]) oder den zuständigen Generalstaatsanwalt anweisen, die Rücknahme zu veranlassen (Nr. 262 der Amtlichen Richtlinien für das Strafverfahren i. d. F. v. 7. 8. 35, DJ S. 1124). Dazu ist noch der durch die Prozeßnovelle in das Gerichtsverfassungsgesetz neu eingefügte § 146 II zu vergleichen: In Sachen, in denen das Reichsgericht als Revisionsgericht entscheidet, kann nach eingelegter Revission der Oberreichsanwalt die Beamten der Staatsanwaltschaft unmittelbar mit Weisungen versehen. Zusammengenommen ergeben diese Bestimmungen, daß der Grundsatz der Einheit der Staatsanwaltschaft schon durch die Prozeßnovelle über die Grenzen des einzelnen Landes hinaus für das gesamte Reichsgebiet hergestellt wurde (insoweit als die Beamten der Staatsanwaltschaft dem Reichsminister der Justiz unterstehen [136]).

133) Vgl. Nr. 237 Abs. 5 der „Amtlichen Richtlinien für das Strafverfahren" in der Fassung v. 7. 8. 35 (DJ S. 1124). S. auch Amtl. Begr. S. 78.

134) Vgl. Amtl. Begr. S. 52.

135) Früher dagegen nur ihre Verwerfung beantragen.

136) Nicht z. B. in Militärstrafsachen.

c) Es mag in diesem Zusammenhang darauf hingewiesen werden, daß die Amtliche Strafverfahrenskommission die Regelung des § 347 a StPO für das künftige Strafverfahren für ungenügend hält. Sie will zunächst das Antragsrecht des § 347 a StPO dahin ausdehnen, daß die Staatsanwaltschaft in allen Sachen von grundsätzlicher Bedeutung [137]) zur Begründung der reichsgerichtlichen Zuständigkeit berechtigt ist, und das selbst dann, wenn sich die oberlandesgerichtliche Zuständigkeit ihrerseits erst aus einem zu schaffenden erweiterten Rechtsmittelrecht ergibt, durch welches die Letztinstanzlichkeit der Strafkammer beseitigt werden wird [138]). Damit wird die letztinstanzliche Entscheidung teils direkt, teils indirekt einer nächst höheren Entscheidungsstufe übertragen werden. Um ferner darüber hinaus eine widersprechende oder vom Reichsgericht abweichende Rechtsprechung der Oberlandesgerichte zu verhindern — die Möglichkeit besteht seit der Emminger Verordnung —, will der Entwurf diese Maßnahmen noch weiter ausbauen: Der im Jahre 1926 dem Bundesrat vorgelegte Entwurf eines Gesetzes zur Wahrung der Rechtseinheit [139]) und der 1929 erschiene Entwurf eines Einführungsgesetzes zum damaligen Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuches folgten hier dem Vorbild der §§ 28 FGG, 79 GBO: sie wollten eine Vorlagepflicht der Oberlandesgerichte einführen bei Abweichen von Entscheidungen eines anderen Oberlandesgerichts oder des Reichsgerichts in Strafsachen. Allein während damit den Oberlandesgerichten eine nahezu unerfüllbare Aufgabe zugemutet worden wäre [140]), vermeidet der Entwurf der Amtlichen Strafverfahrenskommission diese Belastung. Er räumt den Oberlandesgerichten nur das Recht ein, eine Sache von grundsätzlicher Bedeutung dem Reichsgericht zur Entscheidung vorzulegen, ohne sie dazu zu verpflichten [141]). Das Reichsgericht andererseits soll sich auf die Entscheidung der Rechtsfrage beschränken dürfen. Im ganzen will also der Entwurf die Rechtseinheit in Strafsachen durch die Revision und das einheitliche

137) Vgl. Gürtner, Bericht S. 420.
138) Vgl. ebd. S. 421/422.
139) Vgl. darüber Hofacker GS 93/267.
140) Vgl. Kern JW 1929 S. 2670.
141) Vgl. Gürtner, Bericht S. 420.

Revisionsgericht gewährleisten unter Ablehnung irgendwelcher Präjudizialbindung[142]).

Eigenartig ist, daß die Amtliche Strafverfahrenskommission über keine Maßnahmen berichtet, die der Wahrung einheitlicher Rechtsprechung der verschiedenen Senate innerhalb eines Oberlandesgerichts dienen könnten. Auch hier kommen Differenzen vor, die ein Bedürfnis nach Maßnahmen zu ihrer Vermeidung erkennen lassen[143]) (etwa durch eine Analogie zu § 136 GVG und einen Großen Oberlandesgerichtssenat[144]).

2. Im weiteren Verlauf des Revisionsverfahrens findet eine Prüfung der Zulässigkeit der in Ausübung des erweiterten Rechtsmittelrechts eingelegten Revision, desgleichen eine Prüfung der revisionsgerichtlichen Zuständigkeit gemäß § 347 a StPO nur daraufhin statt, ob die Staatsanwaltschaft eine dementsprechende „Analogie"-rüge erhoben hat. Im übrigen ist das Revisionsgericht an ihren Antrag gebunden.

3. Bei der Prüfung der Begründetheit einer Revision, welche die fehlerhafte Anwendung oder Nichtanwendung des § 2 nF StGB zum Gegenstand hat, ist, wie allgemein, vor allem die Gebundenheit an das festgestellte Tatsachenbild zu beachten. Aufgabe des Revisionsrichters ist die inhaltliche Feststellung des Rechtsverstoßes. Dabei obliegt ihm eine doppelte Prüfung: Er hat zunächst festzustellen, ob der Grundgedanke eines Strafgesetzes auf die Tat zutrifft. Dabei sind nach § 354 a StPO, den die Prozeßnovelle neu eingefügt hat, Gesetzesänderungen jetzt auch in der Revisionsinstanz zu berücksichtigen, freilich nur nach Maßgabe des § 2 a StGB. Die Feststellung des Grundgedankens eines Straftatbestandes war im übrigen schon bisher Aufgabe des Revisionsrichters, sobald ein Strafgesetz auch nur auszulegen war.

a) Zum andern hat der Revisionsrichter zu prüfen, ob die ihm vorgelegte Tat (das vom Vorderrichter festgestellte geschichtliche Rohmaterial) auch nach gesundem Volksempfinden Bestrafung verdient. Auch das scheint auf den ersten Blick selbstverständlich. Ist dies aber nicht eine Tatfrage, welche doch — wie festgestellt — den Revisionsrichter nichts angeht? Die damit

142) Vorschlag von Blomeyer, Gerland, Zeiler in DJZ 1929 S. 1348.
143) Vgl. Eisner in DJZ 1929/1164 und Pohle S. 96.
144) Vorschlag schon bei Klee in GoltdArch. Bd. 73, S. 288.

aufgeworfene Frage ist nichts anderes als das Problem der Revisibilität der unbestimmten Begriffe, ein Grenzgebiet, auf welchem die Unterscheidung von Tat- und Rechtsfrage stets besondere Schwierigkeiten gemacht hat.

Nun kann im Rahmen dieser Arbeit nicht dieses ganze außerordentlich umfangreiche Problem dargelegt oder gar geklärt werden [145]). Aber es soll wenigstens gezeigt werden, inwiefern das gesunde Volksempfinden zur Rechtsfrage gehört.

Nach der älteren Unterscheidung zwischen Tat- und Rechtsfrage [146]) müßte die Frage, ob die Tat, d. h. ein nach ihr gebildeter neuer Tatbestand, nach gesundem Volksempfinden Bestrafung verdient, welche der Richter nach seinem Ermessen zu beantworten hat, zur irrevisiblen Tatfrage gerechnet werden. Denn Tatfrage ist nach dieser Lehre alles, was sich im Prozeß frei und unabhängig von der Anwendung irgendeines Rechtssatzes abspielt [147]). Das Revisionsgericht dürfte mithin nur das Zutreffen des Grundgedankens nachprüfen.

Nach einer neueren Richtung [148]) soll die Frage der Revisibilität gelöst werden durch die Unterscheidung von Tatsachenfeststellung und Tatsachenbewertung. Wenn danach jede Gesetzesverletzung, die nicht die Tatsachenfeststellung betrifft, grundsätzlich der Revision unterliegt [149]), so ist die Frage der Strafwürdigkeit nach gesundem Volksempfinden schlechthin uneingeschränkt revisibel [150]). Denn das gesunde Volksempfinden ist in höchstem Grade ein normativer, wertausfüllungsbedürftiger Begriff [151]). Daß diese Theorie zum richtigen Ergebnis führt, läßt keinen Rückschluß auf ihre Richtigkeit zu [152]). Sie krankt vielmehr daran, daß jede Wirklichkeitsbetrachtung wertende

---

145) Dazu wird verwiesen auf Schwinge, Grundlagen S. 50 ff.; vgl. auch Schwinge JW 1938 S. 769 ff., 771.

146) Vgl. etwa Wach KVJS Bd. 15 S. 92; Ders. JW 1881 S. 73 ff.; Ders. Vorträge S. 284 ff. Weitere Schriftsteller dieser Richtung s. bei Tismer S. 12 Anm. 22.

147) Vgl. Schwinge, Grundlagen S. 54.

148) Als deren Hauptvertreter Mannheim, Beiträge S. 33 ff., 40 erscheint.

149) Mannheim S. 38; Pagendarm S. 8/9.

150) Vgl. Schwinge, Grundlagen S. 114.

151) Vgl. Amtl. Begr. S. 29.

152) Beachte vielmehr die eingehende Kritik bei Schwinge, Grundlagen S. 56 ff.

Elemente in sich schließt[153]), so daß eine brauchbare Grenzziehung zwischen Tatsachenfeststellung und Tatsachenbewertung unmöglich erscheint.

Man kann versuchen — um einer Lösung näherzukommen —, die Unterscheidung zwischen Tatbestands- und Rechtsfolgeermessens aufzunehmen[154]). Wenn danach unter Tatbestandsermessen das richterliche Ermessen zum Zwecke der Konkretisierung des Tatbestandes zu verstehen ist im Gegensatz zum Ermessen zum Zweck der Konkretisierung der Rechtsfolge, so fällt die Ermessensfrage der Strafwürdigkeit nach gesundem Volksempfinden weder unter das eine noch unter das andere: denn es ist ein Ermessen zum Zweck der Konkretisierung eines neuen Rechtssatzes[155]) (nicht einer Rechtsfolge). Die richterliche Entscheidung ist hier in ganz besonderem Maße Rechtsquelle[158]). Wenn man nun die Frage der Nachprüfbarkeit solchens Ermessens — das, wie alles Ermessen, ein pflichtgebundenes ist[159]) — unter Berücksichtigung des Rechtseinheitszwecks der Revision beantwortet[160]), so ergibt sich, daß die Strafwürdigkeit nach gesundem Volksempfinden in ganz besonderem Maße revisibel sein muß[161]). Denn Rechtsfrage ist alles das von den Gründen

153) Vgl. Schwinge, Grundlagen S. 56.

154) Eine Unterscheidung nach dem Sitz der Ermessensfreiheit, welche das Tatbestandsermessen für revisibel erklärt, die Freiheit der Entscheidung dagegen beim Rechtsfolgeermessen belassen will. Vgl. Schwinge, Grundlagen S. 114.

155) Vgl. Lehmann DJ 1935/1000.

158) Dieses Ergebnis liegt hier auf der Hand. Schwinge arbeitet es für den rechtsgrundsätzlichen Teil der Ausfüllung unbestimmter Begriffe ganz allgemein heraus (Grundlagen S. 120 ff. Z. 6). Denn sie sind Rechtssatzbestandteile, welche erst durch das im einzelnen Fall ergangene Urteil mit dessen rechtsgrundsätzlichen Feststellungen vollständig gemacht werden, wodurch das Urteil mit seinen rechtsgrundsätzlichen Feststellungen mittelbar zum Gesetzesinhalt wird. Mit anderen Worten: das Gerichtsverfassungsrecht ermächtigt hier den Richter, anstelle des Gesetzgebers und mit Wirkung für diesen zu handeln. Aehnlich sagt der Bericht der Amtl. Strafverfahrenskommission: Die Wertung, die in der Anwendung solcher Begriffe liegt, ist mehr als Anwendung des Rechts, ist rechtsschöpferischer Art (vgl. Gürtner, Bericht; Lehmann, Urteilsrüge S. 392).

159) Vgl. Schwinge, Grundlagen S. 112.

160) Entscheidend ist also nach der Formulierung von Schwinge: Richtlinienfrage oder Frage des einzelnen Falls. Mit ihm übereinstimmend zu der Revisibilität eines „Wertmaßes" Dörffler in „Der Volksrichter ..." S. 161.

161) So auch Gürtner, Bericht S. 392 (Lehmann).

des Urteils, was Anspruch auf Allgemeingültigkeit erheben und in der Zukunft Volksgenossen und Richtern als Richtschnur, als Leitstern dienen kann [162]). Die Strafwürdigkeit einer Tat nach gesundem Volksempfinden ist wegen der Möglichkeit der Wiederholung solcher Taten wichtige Richtlinienfrage. Der Revisionsrichter hat nach Zurücktreten der konkreten Einzelumständen des Falls zu prüfen, ob ein von ihm nach der vorliegenden Tat gebildeter, neuer Tatbestand nach gesundem Volksempfinden Bestrafung verdient. Die Beantwortung dieser Frage enthält eine Feststellung rechtsgrundsätzlicher Art, welche für eine unbestimmte Vielheit zukünftiger Fälle Gültigkeit hat und im Interesse der Rechtseinheit dem Revisionsgericht keinesfalls entzogen sein dürfte.

b) Zu beachten im neuen Revisionsverfahren ist endlich eine Erweiterung der Prüfungspflicht des Revisionsgerichts. Wenn die Revision nur zum Vorteil des Angeklagten eingelegt war, so war es bis zur Novelle zu einer Ueberprüfung des Urteils in den Punkten nicht gezwungen, in denen der Angeklagte nicht beschwert sein konnte. Seit Zulassung der reformatio in peius ist das anders [163]). Das Revisionsgericht muß, wenn es die zum Vorteil des Angeklagten eingelegte Revision für unbegründet ansieht, immer noch prüfen, ob etwa ein Gesetz nicht angewandt worden sei, das eventuell eine schwerere Bestrafung ermöglicht und erforderlich macht [164]).

## § 10. Die Schlußentscheidung.

1. Wenn das Revisionsgericht einen Urteilsverstoß festgestellt hat und weiter festgestellt hat, daß das Urteil darauf beruhe, so hat es in seiner Schlußentscheidung das Vorderurteil aufzuheben. Mit der Aufhebung ist grundsätzlich die Rückverweisung zu verbinden (§ 354 II StPO). Eine prozeßerledigende Entscheidung selbst treffen kann das Revisionsgericht nur, wenn die Aufhebung wegen eines inneren Urteilsverstoßes unter Aufrechterhaltung der tatsächlichen Urteilsbasis erfolgte und letztere Freisprechung oder Einstellung oder eine absolute Strafe notwendig

162) Vgl. Schwinge. Grundlagen S. 123/124.
163) Vgl. Lehmann JW 1936 S. 697/698.
164) Vgl. Niethammer in ErgBd zu Löwe-Hellweg zu § 358 Abs. 2 Anm. 4 c;

macht oder das Revisionsgericht in Uebereinstimmung mit der Staatsanwaltschaft die niedrigste Strafe für angemessen erachtet (§ 354 I StPO). Daraus folgt, daß die Strafzumessung dem Revisionsrichter grundsätzlich entzogen und dem Tatrichter vorbehalten ist.

2. Schwierigkeiten ergeben sich aus diesem Grundsatz allerdings im Hinblick auf die reformatio in peius in der Revisionsinstanz.

a) Eine Ansicht[165]) folgert nämlich daraus, daß Empfänger der neuen Vorschrift des § 358 II StPO („Auch wenn das Urteil nur von dem Angeklagten oder seinem gesetzlichen Vertreter oder zu seinen Gunsten von der Staatsanwaltschaft angefochten war, kann es zum Nachteil des Angeklagten geändert werden") gar nicht das Revisionsgericht selbst sei, sondern nur das Untergericht, an welches die Sache im Falle der Zurückverweisung gelange.

Sowohl im Schrifttum[166]) als auch in der Rechtsprechung[167]) hat diese Ansicht Ablehnung gefunden — und zwar mit Recht. Das Reichsgericht[168]) hat aus der Ueberschrift des Gesetzes (Beseitigung von einseitigen Bindungen des Rechtsmittelgerichts) gefolgert, daß die Ueberschrift nach dem Sinn des Gesetzes auch die Entscheidung des Revisionsgerichts unmittelbar betreffe, mithin diesem einen neuen Auftrag erteilt[169]). Noch deutlicher ergibt sich die Richtigkeit dieser Ansicht vielleicht aus der Entstehungsgeschichte der neuen Vorschrift. Was vorher dem Rechtsmittelgericht verboten war, das sollte ihm durch die Zulassung der reformatio in peius erlaubt werden[170]). Ebenso wie schon vorher das an sich für das Instanzgericht ausgesprochene Verbot auch auf das Revisionsgericht selbst bezogen wurde[171]), verhält es sich nun mit der Erlaubnis.

Wenn nun das Revisionsgericht festgestellt hat, daß der Ange-

---

vgl. auch RGSt 70/62; s. auch o. S. 23.

165) Vgl. bei Niethammer, berichtet in Anm. 2 zu § 358 II ErgBd zu Löwe-Hellweg.

166) Vgl. etwa Schwarz JW 1935 S. 3346; Lehmann JW 1936 S. 697; Niethammer in ErgBd zu Löwe-Hellweg § 358 II Anm. 3.

167) Vgl. RGSt 70/61.

168) Vgl. RGSt 70/61.

169) Vgl. ErgBd zu Löwe-Hellweg zu § 358 II, Anm. 5; übereinstimmend Schäfer-Lehmann-Dörffler zu § 358 II Anm. 7.

170) Vgl. Amtl. Begr. S. 55/56.

171) Vgl. RGSt 45/65; Löwe-Hellweg zu § 358 aF Anm. 6.

klagte — über die Feststellungen des Vorderurteils hinaus — noch ein weiteres, vielleicht schwereres Strafgesetz verletzt hat, so steht es vor der Frage, ob das Urteil aufzuheben sei.

b) Eine selbständige Abänderung ist zunächst auch hier nur gemäß § 354 I StPO möglich. Denn „auch nach der neuen Prozeßnovelle ist es dabei geblieben, daß tatrichterliche Würdigungen außerhalb der Aufgaben des Revisionsverfahrens liegen, in dem das Gericht grundsätzlich nur Rechtsfragen zu behandeln hat und daher nur ganz ausnahmsweise eine eigene Entscheidung über die angemessene Höhe der Strafe treffen kann“ [172]). Müßte nun dieser Satz ausnahmslos gelten, so müßte das Revisionsgericht in allen Fällen zurückverweisen, in welchen eine Erledigung nach § 354 I StPO nicht angängig ist — selbst dann, wenn eine andere als die vom Vorderrichter ausgesprochene Strafe trotz Aenderung des Schuldspruchs nicht zu erwarten wäre. Daß das nicht der Sinn der neuen Bestimmung sein kann, hat das Reichsgericht [173]) ebenfalls erkannt. „Es kann keine Rede davon sein, daß jeder Fehler zu einer Aufhebung des Urteils führen müsse“ [174]), um so mehr als schon früher das Revisionsgericht den Schuldspruch zuungunsten des Angeklagten ändern konnte bei gleichbleibendem Strafmaß [175]). Dadurch würde das Strafverfahren in vielen Fällen in ganz überflüssiger und unerträglicher Weise in die Länge gezogen. Wenn sich nun aber das Revisionsgericht schlüssig werden muß, in welchen Fällen die erkannte Strafe einem wirklich gerechten Urteilsspruch entspricht — denn nur in diesem Fall darf er nach dem Sinn der neuen Vorschrift stehen bleiben —, und in welchen Fällen Aufhebung und Zurückverweisung auszusprechen ist, so ist diese Entscheidung gar nicht anders möglich, als durch eigene Bewertung der Strafzumessung.

Dagegen hat sich allerdings das Reichsgericht [176]) mit besonderer Betonung gewandt. Eine Bewertung der Strafzumessung könnte — so meint es — doch nur auf Grund eines pflichtgemäßen Ermessens gegenüber dem konkreten Fall erfolgen, welches der

172) Vgl. RGSt 70/62.
173) Vgl. RGSt 70/214, wo die Aufhebung deshalb besonders begründet wird.
174) Vgl. Lehmann JW 1936 S. 698; übereinstimmend Niethammer ErgBd zu Löwe-Hellweg § 358 II Anm. 4 d.
175) Vgl. RGSt 70/63.
176) Vgl. RGSt 70/62.

Revisionsrichter entweder auf Grund fremder tatsächlicher Feststellunger (die er vielleicht anders getroffen hätte) wie ein Tatrichter auszuüben — oder aber auf Grund der Akten auszuüben hätte, also im Widerspruch zu den Grundsätzen der Unmittelbarkeit und Mündlichkeit des Verfahrens. Demgegenüber stellt Lehmann [177]), an sich mit Recht, fest, daß das Reichsgericht in derselben Entscheidung doch selbst eine Bewertung der Strafzumessung vorgenommen habe, wenn es feststellte [178]), daß bei fehlerfreier Anwendung des Gesetzes der Tatrichter nicht zu einer strengeren Bestrafung gelangt wäre. So wenig folgerichtig ist das Reichsgericht indessen doch nicht verfahren: es hat diese Feststellung nämlich auf Grund eines allgemeinen Strafzumessungsgrundsatzes getroffen und damit die ihm vorliegende Strafzumessung nur insoweit bewertet, als das nach seiner sonstigen Rechtsprechung schon immer geschehen konnte [179]). Es hat — das geht aus den Zeilen hervor — ungefähr gesagt: Ob ein gewaltsames Vorgehen bei der Strafzumessung eines einfachen Diebstahls strafschärfend berücksichtigt wird oder ob die Strafzumessung wegen Diebstahls und Nötigung in Tateinheit erfolgt, das wird nach den Grundsätzen vernünftigen Denkens letzten Endes auf dasselbe hinauslaufen. Die Gesetze vernünftigen Denkens sind aber auch bei der Strafzumessung für den Richter bindend [180]) und damit auch in der Revision nachprüfbar und verwertbar.

Trotzdem ist es richtig, daß dem Revisionsgericht die neue Aufgabe eigener Bewertung der Strafzumessung zugefallen ist und zwar nicht nur unter Verwendung allgemeiner Strafzumessungsgrundsätze. Nur eine allgemeine Bewertung der Strafzumessung des konkreten Falles [181]) auch in seiner Abhängigkeit von den Tatumständen wird es dem Revisionsgericht in den meisten Fällen ermöglichen, festzustellen, ob vom Tatrichter eine schärfere Strafe zu erwarten ist oder ob die Rückverweisung im Hinblick auf rasche Prozeßerledigung unterbleiben kann, weil sich „am

177) Vgl. Lehmann JW 1936 S. 698.
178) Vgl. RGSt 70/64.
179) Vgl. Schwinge JW 1938 S. 772 und Ders., Grundlagen S. 142 ff., 145.
180) Vgl. Schwinge, Grundlagen S. 143.
181) Vgl. Niethammer ErgBd zu Löwe-Hellweg zu § 358 II Anm. 4 c und d: „Das Revisionsgericht habe in wertender Arbeit darüber zu befinden, ob die Strafe noch sachgemäß sei.“ Uebereinstimmend mit ihm Lehmann JW 1936, S. 698.

Gesamtergebnis des Strafverfahrens, soweit die Höhe der Strafe in Betracht kommt, oder in den künftig möglichen nachteiligen Wirkungen“ [182]) doch nichts ändern würde.

Freilich darf diese Bewertung niemals weitergehen als zur Beantwortung jener letztgenannten Frage nötig ist. Die positive Neuvornahme der Strafzumessung ist und bleibt dem Tatrichter vorbehalten, der dabei an die strengere Strafwürdigung des Revisionsrichters auch nicht gebunden ist, soweit nicht allgemeine Strafzumessungsgrundsätze darin zum Ausdruck gekommen sind. Denn § 358 I StPO stellt eine solche Bindung nur hinsichtlich der rechtlichen Beurteilung her.

Wenn somit schon die Prozeßnovelle dem Revisionsrichter neue, vordem dem Tatrichter vorbehaltene Aufgaben gebracht hat, so ist sie auch hier Wegbereiter der Gesamtreform: Nach dem amtlichen Bericht der Kommission [183]) wird die sog. „erweiterte Aufhebungsbefugnis“ ihm auch eine gewisse Tatprüfung geben.

c) Mit der Aufhebung des Verbots der reformatio in peius wurde für ein großes Gebiet die sog. Teilrechtskraft beseitigt. Das Urteil wächst nicht mehr zugunsten des Angeklagten in teilweise Rechtskraft. Das muß m. E. auch über zwei Instanzen hinweg gelten. Zwar gilt nach wie vor, daß das Revisionsgericht als dritte Instanz dem Prozeßgegenstand nur in dem Umfang gegenübersteht, in welchem nicht schon das Urteil erster Instanz in geteilte Rechtskraft erwachsen war [184]). Denn erst das künftige Strafverfahren will die Teilrechtskraft gänzlich beseitigen [185]), Würde man nun den § 358 II StPO für sich allein, isoliert betrachten, so ergäbe sich nach wie vor, daß (selbst bei einer zuungunsten des Angeklagten eingelegten Revision) für das Revisionsgericht die Frage einer etwaigen reformatio in peius auszuscheiden hätte, wenn die Berufung lediglich zugunsten des Angeklagten eingelegt worden war. Dabei bliebe aber § 331 nF StPO übersehen. Denn obwohl das erstinstanzliche Urteil nur vom Angeklagten angefochten war, so war es doch nicht zu seinen Gunsten in teilweise Rechtskraft erwachsen, weil ja schon der

182) So RGSt 70/64.

183) Vgl Gürtner, Bericht S. 385 ff., insbes. S. 402 (Lehmann, Urteilsrüge).

184) Vgl. Beling S. 426 (Ziff. 2).

185) Vgl. Dörffler in „Der Volksrichter ...“ S. 162, 2 und 3. Das hängt mit der Einheitsstrafe für Tatmehrheit zusammen.

Berufungsrichter in peius hätte reformieren können. Somit ist eine reformatio in peius auch beim Revisionsgericht als dritter Instanz stets zulässig.

Eine Einschränkung der reformatio in peius ergibt sich dagegen aus § 357 StPO: Diejenigen von mehreren Angeklagten, welche nicht Revision eingelegt haben, können nicht schlechter gestellt werden, weil sich § 358 II StPO nicht auch auf § 357 bezieht [186]). Wäre dies beabsichtigt gewesen, hätte mindestens die amtliche Begründung einen solchen Hinweis enthalten müssen.

186) So das RGSt 70/232. Anders wohl das künftige Strafverfahrensrecht. Vgl. Siegert, Die Rechtskraftwirkungen im künftigen Strafprozeß, in „Zur Neugestaltung ..." S. 72 Anm. 44.

## Drittes Kapitel

## Der Große Senat.

### § 11. Geschichtliches und Vergleichendes.

Die zweite der Maßnahmen, welche die Prozeßnovelle zur Sicherung der Rechtseinheit durchführte, war nächst der Ausgestaltung der Revision nach den Bedürfnissen des § 2 nF StGB die Bildung der Großen Senate und der Vereinigten Großen Senate beim Reichsgericht.

1. Die geschichtliche Entwicklung bis zu dem vor Erlaß der Novelle vom 28. 6. 1935 bestehenden Rechtszustand, welche mit dieser noch nicht zu einem endgültigen Abschluß gebracht worden ist, ist folgende:

Das als Vorläufer des Reichsgerichts im Jahre 1869 errichtete Reichsoberhandelsgericht kannte die Einrichtung eines Plenums, welches bei auseinandergehenden Ansichten zweier Senate an Stelle des erkennenden, jetzt abweichenwollenden Senates zur Entscheidung berufen war (vgl. § 9 des Bundesgesetzes vom 12. Juni 1869, Bundesgesetzblatt S. 202). Diese Einrichtung wurde bei der Schaffung des Reichsgerichts vom Gerichtsverfassungsgesetz übernommen. Das GVG von 1879 kannte demnach ursprünglich zur Wahrung der Rechtseinheit die Verweisung an die vereinigten Zivil- bzw. Strafsenate (aber keine Plenarvereinigung dieser beiden) des Reichsgerichts und ließ diese dann in der Sache selbst verhandeln und entscheiden.

Während diese ursprüngliche Bestimmung nur Verweisungen an die vereinigten Zivil- und Strafsenate kannte, wurde durch das Gesetz vom 17. 3. 1886 zur Entscheidung streitiger Rechtsfragen zwischen Zivil- und Strafsenaten das Plenum des Reichsgerichts für zuständig erklärt. Ferner wurde durch dasselbe Gesetz die Entscheidung der vereinigten Senate bzw. des Plenums auf die streitige Rechtsfrage beschränkt, sodaß diese Körper nicht mehr zur Verhandlung und Entscheidung in der Sache selbst be-

rufen waren und ihre Entscheidungen ohne mündliche Sachverhandlungen erfolgten [1]).

Dieser Zustand blieb, trotzdem es sich alsbald zeigte, daß er sich sehr schlecht bewährte, bis zur Novelle vom 28. 6. 35 unverändert bestehen. Es hatte sich nämlich unter diesen Rechtszustand jene Scheu vor der Anrufung der vereinigten Senate oder des Plenums gebildet, welche schlagwortartig als „horror pleni“ [2]) bezeichnet wurde. Die Gründe dafür sind einfach in der Langsamkeit und Schwerfälligkeit des früheren Verfahrens [3]) zu suchen und — wie die amtliche Begründung [4]) bemerkt — auch in der Größe der Zahl der Mitglieder, die an der Entscheidung mitzuwirken hatten. Denn § 138 I aF GVG schrieb zur Fassung von Entscheidungen der vereinigten Senate oder des Plenums mindestens die Teilnahme von zwei Dritteln aller Mitglieder mit Einschluß des Vorsitzenden vor. Hierdurch war nicht nur die Beratung erschwert. Lästig war vor allem die Inanspruchnahme so vieler Mitglieder und die daraus folgende Störung des Geschäftsganges.

Wie sich dieser horror pleni auswirkte, darüber berichtet Niethammer [5]), daß bis zum Jahre 1926 in Strafsachen nur 31

1) Daneben wurde die Mitwirkung der Reichsanwaltschaft geregelt und durch Gesetz vom 17. 5. 1888 insofern erweitert, als die Anhörung der Reichsanwaltschaft auch in Rechtsstreitigkeiten, welche die Feststellung des Eltern-Kindschaftsverhältnisses und die Anfechtung einer Todeserklärung betreffen, vorgeschrieben wurde.

2) Dieser soll, um nicht beim Schlagwort stehen zu bleiben, etwas näher geschildert werden (Anm. 3).

3) Das Verfahren schildert Fuchs in LZ 1927, S. 84 in seinem Aufsatz „Der horror pleni“: Vor der Einleitung des Verfahrens vor dem Plenum wird die zur Entscheidung stehende Rechtsfrage nicht nur von dem Senat geprüft, der abweichen will, sondern auch nochmals von dem, der sie früher anders entschieden hatte. Beharrt dieser bei seiner Auffassung, dann ist nach § 13 der GeschäftsO des RG der weitere Gang folgender: Zunächst muß der abweichende Senat die Rechtsfrage in einem besonderen Beschluß genau formen. Alsdann müssen zwei Berichterstatter je einen gründlichen schriftlichen Bericht erstatten, dazu kommen evtl. die Anträge des Oberreichsanwalts. Nunmehr müssen sämtliche Mitglieder aller Zivil- oder Strafsenate jene Gutachten eingehend durchstudieren und dazu für sich vorläufig Stellung nehmen. Jetzt folgt endlich die mündliche Beratung im Plenum, anschließend die Abstimmung, woran notwendig zwei Drittel aller Mitglieder und der Vorsitzende teilnehmen mußten. Zuguterletzt sind noch die Entscheidungsgründe auszuarbeiten.

4) Vgl. Amtl. Begr. S. 58.

5) Vgl. Löwe-Hellweg zu § 136 GVG Anm. 5.

Plenarentscheidungen [6]) ergingen und daß dabei ein Abstand von 11 Jahren zwischen zwei solchen vorkam (13. 1. 1915 bis 14. 5. 1926). Das Plenum sämtlicher Zivil- und Strafsenate ist in den ganzen Jahren seines Bestehens noch nie zusammengetreten [7]) Schwarz berichtet [8]) 1935, daß er in neun Jahren reichsgerichtlicher Tätigkeit eine einzige Plenarentscheidung erlebt habe.

Die Rechtsprechung, in der sich der horror pleni niedergeschlagen hat [9]), braucht hier nur kurz berichtet zu werden: Eine Anrufung des Plenums wurde für überflüssig gehalten, wenn die abweichende Rechtsansicht nicht die Grundlage der früheren Entscheidung gebildet hat, sondern lediglich beiläufig geäußert wurde [10]), desgleichen, wenn der andere Senat auf Anfrage erklärte, daß er an seiner Entscheidung nicht mehr festhalte [11]); oder seine Rechtsauffassung schon wieder aufgegeben hatte [12]); ferner wenn trotz abweichender Begründung die gleiche Entscheidung zu treffen sei [13]). Auch wenn der andere Senat selbst einmal — bewußt oder unbewußt — schon abgewichen war [14]), ohne Anrufung des Plenums, sei eine Anrufung des Plenums jetzt nicht erforderlich, weil beiden früheren Entscheidungen gewissermaßen gleiches Gewicht zuzurechnen sei. Auch dann nicht, wenn von der Entscheidung eines nicht mehr bestehenden oder nicht mehr als Revisionssenat bestehenden Senates abgewichen werden soll [15]), oder wenn die ältere Rechtsauffassung sich auf ein anderes Gesetz bezog [16]). Vollkommen gesetzwidrig erklärte das Reichsgericht [17]) sogar einmal, eine Plenarentscheidung sei überflüssig, wenn das Reichsgericht inzwischen zu einem freieren Standpunkt

6) Eine Zusammenstellung dieser ist zu entnehmen aus Schneidewin in „Fünfzig Jahre Reichsgericht“ S. 270 ff.

7) Vgl. Löwe-Hellweg § 136 GVG Anm. 9.

8) Vgl. Schwarz DJZ 1935/125 f.

9) Vgl. Löwe-Hellweg § 136 GVG Anm. 4, 5, 6, 8 mit eingehenden Nachweisen.

10) Vgl. RGSt 57/241; 65/434; RGZ 134/22.

11) Vgl. RGSt 65/265; RGZ 115/26, und viele andere. Dagegen Oetker JW 1928, S. 2266.

12) Vgl. RGSt 49/137; 53/190.

13) Vgl. RGSt 56/40; RGZ 145/15.

14) Vgl. RGSt 57/85; 65/411.

15) Vgl. RGSt 58/383; 65/338.

16) Vgl. RGSt 56/429; RGZ 147/316.

17) Vgl. RGZ 102/278.

in der Auslegung des betreffenden Gesetzes übergegangen sei. Das Verfahren nach § 136 GVG sei in allen diesen Fällen nicht erforderlich, weil es nur bezwecke, künftige einander widersprechende Entscheidungen bestehender Revisionssenate zu verhindern. Daher dürfe ja auch jeder Senat von seiner eigenen Entscheidung abweichen [18]).

Vorschläge zur Beseitigung des vom Reichsgericht lästig empfundenen Plenarzwangs gab es mehrere: Schon 1909 schlug Oetker einen Reichsgerichtsausschuß vor [19]). Es folgte der Vorschlag des Oberreichsanwalts vom 11. 4. 1923 [20]), welcher die Plenarversammlung durch einen für den einzelnen Fall zu bildenden engeren Ausschuß — einen „Großen Senat", bestehend aus dem Präsidenten und je zwei Räten eines jeden Strafsenats — ersetzen wollte. Während dieser Vorschlag nicht die Zustimmung des Reichsgerichts gefunden hatte [21]), hat doch auch das Reichsgericht einen entsprechenden Wunsch bestätigt, dem jetzt die Einrichtung des Großen Senates entgegenkommt [22]). Hatte doch der Reichsgerichtspräsident Besprechungen eingerichtet zum Austausch von Ansichten und Meinungen innerhalb des Reichsgerichts. Daß dieselben aber nach Schaffung des Großen Senates nicht überflüssig sind, darauf weist mit Recht Niethammer [23]) hin. Denn tunlichst soll das Reichsgericht Meinungsverschiedenheiten nicht in seinen Urteilen austragen, sondern „intra muros" bereinigen [23]).

2. Dieser geschilderte Zustand erschien dem Gesetzgeber unhaltbar zu einer Zeit, wo es galt, bei der Auslegung des Gesetzes dem durch die Staatserneuerung eingetretenen Wandel der Lebens- und Rechtsanschauung Rechnung zu tragen. Bei der Ersetzung des Plenums durch ein beweglicheres Organ, dem Großen Senat, konnte die Novelle aber an bei anderen höchsten Gerichten bereits erprobte, bewährte Vorbilder anknüpfen: Eine große Anzahl von obersten Verwaltungsgerichten kannten schon vorher die Einrichtung des Großen Senates, wenn auch in verschiedenen Formen:

18) Vgl. Löwe-Hellweg zu § 136 aF GVG Anm. 8.
19) Vgl. GS Bd. 74 (1909) S. 270.
20) Vgl. Löwe-Hellweg zu § 136 aF GVG Anm. 5.
21) Vgl. Löwe-Hellweg zu § 136 aF GVG Anm. 5.
22) Vgl. Freisler JDR 1935/539.
23) Vgl. ErgBd zu Löwe-Hellweg zu § 136 nF GVG Anm. VI 1.

a) Während das preußische Oberverwaltungsgericht noch, wie zunächst das Reichsgericht, die Sachverweisung an das Plenum (in Steuerfragen an die Vereinigten Steuersenate) hat[24]), wurde schon für das Reichsversicherungsamt (RVO von 1911, § 101 I) der Große Senat eingeführt, der gemäß den ihm in §§ 1717 bis 1719 RVO zugewiesenen Aufgaben bei dem Nebeneinander der Spruchsenate des Reichsversicherungsamtes (und der Landesversicherungsämter) die erforderliche Rechtseinheit im Deutschen Reiche sichern soll. Dabei hat jedoch der Große Senat nicht nur die isolierte Rechtsfrage zu entscheiden, sondern wenn ein Senat in einer grundsätzlichen Rechtsfrage von der Entscheidung eines anderen abweichen will, so hat er die Sache unter Begründung seiner Rechtsauffassung an den Großen Senat zu verweisen (RVO § 1717). Nur kann sich der Große Rat auf die Entscheidung der Rechtsfrage beschränken (§ 1717 III RVO). Ein (von diesem bezeichnetes) Mitglied des verweisenden Senats tritt in den Großen Senat als Beisitzer ein (§ 1717 II RVO). Falls die Verweisung an den Großen Senat durch ein Landesversicherungsamt erfolgt[25]), treten noch ein Mitglied dieses und eines anderen Landesversicherungsamtes hinzu (§ 1718 RVO).

Die Sachverweisung an den Großen Senat ist auch beibehalten beim Reichsversorgungsgericht. Bei diesem ist, wenn mehrere Senate vorhanden sind, ein Großer Senat zu bilden (§ 6 der Verordnung vom 1. 2. 1919 Art. 2, RGBl 1919 I S. 153). Diesem ist die Sache zu überweisen bei Abweichen von einem anderen oder dem Großen Senat in einer grundsätzlichen Rechtsfrage (§ 12 der genannten VO).

Offenbar lag zunächst bei der Einführung der Großen Senate noch der Gedanke zugrunde, daß dieser durchaus in der Lage sei, die betreffende Sache selbst zu entscheiden. Denn auch noch die Reichsabgabenordnung vom 13. 12. 1919 (RGBl I S. 1993) kannte beim Reichsfinanzhof zunächst die Sachverweisung an den Großen Senat. Auf die Entscheidung der Rechtsfrage wurde er erst 1930 beschränkt[26]). Dieser besteht seitdem aus dem Präsidenten, den

24) Vgl. § 29 des preußischen Gesetzes betr. die Verfassung der Verwaltungsgerichte und das Verwaltungsstreitverfahren vom 3. Juli 1875.

25) Für die Spruchsenate der Landesversicherungsämter im Verhältnis zum Großen Senat des Reichsversicherungsamtes enthält § 1718 RVO entsprechende Vorschriften gegenüber amtlich veröffentlichten Entscheidungen.

26) Vgl. VO v. 1. 12. 30 RGBl I, S. 517.

Senatspräsidenten oder ihren Vertretern und den von jedem Senat im einzelnen Fall entsandten Mitgliedern (§ 66 II RAbgO). Seine Tätigkeit ergibt sich aus § 66 I RAbgO: Die Entscheidung der Rechtsfrage (seit der VO vom 1. 12. 1930 nicht mehr der Sache) ist dem Großen Senat zu übertragen, wenn ein Senat in einer Rechtsfrage von einer amtlich veröffentlichten Entscheidung abweichen will. Da nur die Entscheidungen, denen ein Senat grundsätzliche Bedeutung zumißt, in der amtlichen Sammlung veröffentlicht werden (§ 64 RAbgO), so ist auch hier die Wahrung der Rechtseinheit beschränkt auf grundsätzliche Rechtsfragen. Wenn die Voraussetzung der amtlichen Veröffentlichung gegeben ist, so war nach der ursprünglichen Fassung der Reichsabgabenordnung von 1919 ein Abweichen von dieser Entscheidung ohne den Großen Senat selbst dann nicht möglich, wenn sie vom gleichen Senat erlassen worden war. Dieses Hemmnis für eine Weiterentwicklung der Rechtsprechung wurde beseitigt durch die VO vom 1. 12. 1930 (RGBl I S. 517), welche bestimmte, daß es einer Entscheidung des Großen Senates nicht bedarf bei Abweichen von der eigenen früheren Entscheidung und auch dann nicht, wenn der andere Senat, von dessen Rechtsauffassung abgewichen werden soll, seine Zustimmung erklärt hat (vgl. jetzt auch § 46 I S. 2 RAbgO). Interessant ist, daß der Reichsfinanzhof nicht nur oberste Spruchbehörde ist, sondern daß er zur Sicherung einheitlicher Rechtsprechung auch vorbeugend eingesetzt werden kann. Auch dazu war ursprünglich der Große Senat (§ 63 RAbgO aF), ist jetzt aber der nach der Geschäftsverteilung zuständige Senat (§ 43 RAbgO nF) eingesetzt. (Eine ähnliche Aufgabe hat der Große Senat nur noch nach § 6 des Finanzausgleichsgesetzes.) Ihm können Auslegungsfragen von Steuergesetzen vom Reichsfinanzminister vorgelegt werden, die er dann durch Gutachten zu entscheiden hat (§ 43 RAbgO), ohne daß abgewartet werden müßte, bis ein Prozeß, vielleicht nach langer Rechtsunsicherheit, sie vor ihn gebracht hätte. Der Reichsfinanzhof weist in dieser Beziehung ein wenig den Charakter einer Auslegungsbehörde auf [27]).

27) Aehnliches soll übernommen werden für das künftige Reichsverwaltungsgericht. Jedoch nicht das Plenum oder der Große Senat, sondern der nach der Geschäftsverteilung zuständige Senat soll gutachten. So der private Vorschlag von Senatspräsident Scholz, S. 167/168.

Gelegentlich wurde auch beim Reichsfinanzhof die Anrufung des Großen Senats versäumt, so daß zwei widersprechende Erkenntnisse ergingen. Diesesfalls hat sich auch in der Rechtsprechung des Reichsfinanzhofs der Grundsatz durchgesetzt, daß für ein späteres Abweichen von einer dieser Entscheidungen die Entscheidung des Großen Senats nicht erforderlich sei [28]).

In einem Falle hat auch die nationalsozialistische Gesetzgebung daran festgehalten, daß dem Großen Senat nicht nur die Entscheidung der Rechtsfrage zu übertragen sei, sondern ihm die ganze Sache zur Erledigung zu überweisen sei: § 7 EHVfO v. 21. 12. 36 (vorher § 6 a der I. DVO zum REG) sieht in grundsätzlichen Rechtsfragen dieses Verfahren beim Großen Senat des Reichserbhofgerichts vor. Falls zur Sachentscheidung eine mündliche Verhandlung notwendig wird, findet auch diese vor dem Großen Senat statt. Zur Entscheidung wirkt stets eine ungerade Zahl von Mitgliedern (neun) zusammen. Daß die Zustimmung desjenigen Senats, von dessen Entscheidung abgewichen werden soll, das Verfahren vor dem Großen Senat entbehrlich macht, ist auch hier wie beim Reichsfinanzhof gesetzlich anerkannt.

b) Erstmals bei der Schaffung des Reichswirtschaftsgerichts im Jahre 1920 und dessen Ausstattung mit einem Großen Senat ging man davon ab, diesem die Entscheidung der ganzen Sache zu übertragen. Dort ist lediglich über die streitige Frage eine Entscheidung des Großen Senats einzuholen, wenn ein Senat in einer Rechtsfrage oder in einer anderen Frage von grundsätzlicher Bedeutung von seiner eigenen früheren Entscheidung (!), oder von der eines anderen oder des Großen Senats abweichen will (§ 38 II der VO über das Reichswirtschaftsgericht v. 21. 5. 1920 RGBl I S. 1167, 1175). (Nämliches gilt auch für das inzwischen dem Reichswirtschaftsgericht eingegliederte Kartellgericht, § 1 der VO v. 2. 11. 1923 RGBl I S. 1071.) Für das Reichswirtschaftsgericht findet sich auch schon ein Vorgänger des § 137 nF GVG (und des § 48 II MStGO): Auch ohne daß ein Abweichen beabsichtigt ist, kann der Senat in grundsätzlichen Fragen den Großen Senat anrufen (§ 38 I der genannten VO v. 21. 5. 1920). Mit Ausnahme des Reichserbhofgerichts wurde von der nationalsozialistischen Gesetzgebung bisher in allen Fällen daran festgehalten (Reichs-

28) RFinH 14/3 (7), vom 21. 5. 1924.

patentamt, Reichsgericht, Reichskriegsgericht), daß dem Großen Senat nur die Entscheidung der Rechtsfrage zu übertragen ist. Seine Entscheidung ist für den in der Sache erkennenden Senat jeweils bindend.

Diese Regelung traf erstmals § 19 des Patentgesetzes [29]) vom 5. 5. 1936 zur Wahrung einheitlicher Rechtsprechung unter den verschiedenen Beschwerdesenaten des Reichspatentamtes. Will ein Beschwerdesenat in einer grundsätzlichen Frage von der Entscheidung eines anderen Beschwerdesenates oder des Großen Senates abweichen, so ist die Entscheidung des Großen Senates einzuholen. Sie ist in der Sache, welche zu entscheiden ist, bindend. Auch hier finden wir noch die Beschränkung der Zuständigkeit des Großen Senates auf grundsätzliche Fragen.

Es mag noch kurz die Regelung, wie sie beim Reichskriegsgericht getroffen wurde, dargestellt werden, ehe auf das Reichsgericht selbst einzugehen sein wird: Auch dort wurde zum Zweck der Aufrechterhaltung der Rechtseinheit innerhalb der Militärgerichte ein Großer Senat gebildet, der bei Abweichen eines Senates von einem anderen Senat oder dem Großen Senat über Rechtsfragen zu entscheiden hat (§ 48 MStGO). Und zwar nicht nur dann, wenn ein Revisionssenat (§ 56, 359 MStGO) abweichen will, sondern auch bei Meinungsverschiedenheiten zwischen einem erstinstanzlichen Senat und einem Revisionssenat des Reichskriegsgerichts (nicht auch des Reichsgerichts) [30]). Außerdem kann der Große Senat zur Entscheidung von Rechtsfragen grundsätzlicher Bedeutung auch dann herangezogen werden, wenn ein Senat oder der Oberreichskriegsanwalt seine Entscheidung für die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung — und nur mit Rücksicht darauf [31]) — für erforderlich hält. Ueber die Rechtseinheitsaufgabe hinaus wird so dem Großen Senat auch die Fortentwicklung des Rechts zur Aufgabe gemacht. Nach dem Vorbild des Großen Senats beim Reichsfinanzhof ist dem Reichskriegsgericht endlich noch eine außerprozessuale „man

29) Das alte Patentgesetz v. 7. 4. 1891 kannte die Einrichtung des Großen Senates nicht.

30) „Die Garantien der Rechtseinheit sind also [durch die Verselbständigung des Reichskriegsgerichts] nicht unwesentlich herabgesetzt", vgl. Gerland ZWehrR Bd. 1, S. 265.

31) Vgl. Gerland ZWehrR Bd. 1, S. 267.

möchte fast sagen justizverwaltungsmäßige“ [32]) Zuständigkeit übertragen worden, nämlich die Erstattung von Gutachten auf Ersuchen des Reichskriegsministers (jetzt: Oberkommandos der Wehrmacht).

## § 12. Bildung und Zusammensetzung des Großen Senats.

Bei der Schaffung des Großen Senats durch die Prozeßnovelle vom 28. 6. 35 — je eines solchen für Zivilsachen und für Strafsachen — hat man bewußt [33]) daran festgehalten, daß er nur über Rechtsfragen zu entscheiden habe, jedoch zunächst ohne Beschränkung auf grundsätzliche Rechtsfragen. Nach dem Vorbild des Reichswirtschaftsgerichts [34]) wurde ferner die Möglichkeit, die nachher beim Reichskriegsgericht ebenfalls beibehalten wurde, eröffnet, den Großen Senat, auch ohne ein Abweichen, zur vorbeugenden Sicherung der Rechtseinheit oder zur Fortbildung des Rechtes anzurufen (§ 137 nF GVG).

1. Der Große Senat.

a) Die Zusammensetzung des Großen Senats beim Reichsgericht ergibt sich aus dem neueingefügten § 131 a GVG. Da die Mängel des früheren Plenums, welche die Plenarentscheidung als lästigen Zwang empfinden ließen, gerade in der Zusammensetzung dieses schwerfälligen Gerichtskörpers lagen [35]), so war bei der Frage der Zusammensetzung der neuen Großen Senate darauf Bedacht zu nehmen, daß er ein besser arbeitsfähiges Gremium darstellt. Wenn die Novelle für die Zukunft an der grundsätzlichen Bindung der Senate festhielt, so war um so mehr für den Fall eines notwendigen Abweichens von einer Entscheidung für eine schnelle und sichere Klärung der Rechtsfrage zu sorgen [36]). Deshalb wurde die Mitgliederzahl des Großen Senates bewußt niedrig gewählt, um so mehr als sie sich in den Vereinigten Großen Senaten annähernd verdoppelt. So umfaßt der Große Senat insgesamt mindestens nur neun Köpfe, zu denen höchstens noch je ein Mit-

32) Vgl. ebd. S. 265.
33) Vgl. Amtl. Begr. S. 59.
34) Vgl. o. S. 81.
35) Vgl. o. S. 76.
36) Vgl. Amtl. Begr. S. 58.

glied der beteiligten Senate hinzukommt (§ 131 a II GVG). Ständig nehmen an seinen Entscheidungen der Präsident und der Vizepräsident teil. Dadurch soll eine gewisse Kontinuierlichkeit in der Zusammensetzung erreicht werden, die — wie die amtliche Begründung erkennen läßt[37]) — deshalb für erforderlich gehalten wurde, weil sich die Aufgaben des Großen Senates mit denen des Gesetzgebers eng berühren[38]).

Den Vorsitz im Großen Senat oder den Vereinigten Großen Senaten führt der Präsident, oder der Vizepräsident oder dessen Stellvertreter (§ 131 a VI GVG). Die übrigen sieben Mitglieder werden wegen der mit der Gesetzgebung verwandten Tätigkeit des Großen Senates vom Reichsminister der Justiz selbst ernannt[39]).

Die Ernennung erfolgt aus der Reihe der Senatspräsidenten und Reichsgerichtsräte für jeweils zwei Geschäftsjahre (dasselbe gilt für die Vertreter der Mitglieder und des Vizepräsidenten) und zwar in der Weise, daß jedes Jahr die Hälfte der Mitglieder neu ernannt wird. Zu diesem Zweck scheiden jährlich drei bis vier Mitglieder umschichtig wieder aus (Art. 9 Z. 3 der Novelle). Dadurch soll einmal die Beweglichkeit des personellen Bestandes gesichert und die Gefahr irgendeiner Erstarrung der obersten Rechtsprechung gebannt werden. „Da kaum zu erwarten ist, daß schematisch die Senatspräsidenten und älteren Senatsmitglieder zu Mitgliedern dieser Großen Senate ernannt werden, ist auch hierfür gesorgt, daß diese Senate nach Lebensalter und Temperament ihrer Mitglieder eine gesunde Mischung darstellen werden“[40]). Andererseits wird — wie es bei gleichzeitigem Wechsel aller Mitglieder möglich wäre — ein Abbruch der großen Linien vermieden und die Stetigkeit der obersten Rechtsprechung gewährleistet[41]).

b) Die ministerielle Ernennung der Mitglieder soll keine Beeinträchtigung der richterlichen Unabhängigkeit der Mitglieder der

37) Vgl. Amtl. Begr. S. 58.

38) Vgl. o. S. 49. und S. 68 Anm. 158.

39) Ueber die Ernennung der ersten Mitglieder der Großen Senate am 21. 11. 35 hat der VB Südd.A. Nr. 326 vom 22. 11. 35 berichtet.

40) Vgl. Freisler JDR 1935/538.

41) Vgl. Gürtner beim Festakt zur Einführung der Großen Senate am 21. November 1935 (VB Südd.A. Nr. 326 vom 22. 11. 35.

Großen Senate darstellen[42]). Die sachliche Unabhängigkeit des Richters bleibt dadurch unangetastet. Man kann aber auch gewiß nicht sagen, daß hier der politische Zweck, den Mannheim[43]) einem entwickelten Rechtsmittelsystem zuschreiben wollte, erstrebt wurde, nämlich Besetzung der obersten Richterstellen mit gefügigen Elementen zum Zweck der Einflußnahme auf die Rechtsprechung. Dann hätte der Gesetzgeber nicht einen ständigen Wechsel und ein automatisches Ausscheiden der Mitglieder (also auch der gefügigen) festlegen dürfen. Die ministerielle Ernennung erklärt sich vielmehr aus der nahen Verwandtschaft der Tätigkeit der Großen Senate mit der Gesetzgebungsarbeit. Zwar trifft es auch nicht „gewissermaßen" zu, daß den Entscheidungen des Großen Senates die Kraft eines Gesetzes[44]) zukommt, „weil sie nicht mit Bezug auf den gerade vorliegenden Einzelfall ergingen"[46]) (demgegenüber erklärt das Reichsgericht, der Große Senat dürfe nicht aus Anlaß eines einzelnen Falles allgemeine Grundsätze aufstellen, deren Bedeutung weit über den zur Entscheidung stehenden Fall hinausgeht[45]), sondern weil sie als Entscheidung einer Rechtsfrage ergingen[46]) (aber es ist doch jede Revisionsentscheidung die Entscheidung einer Rechtsfrage!). Wenn also zwar auch den Entscheidungen des Großen Senates nur Rechtskraft und nicht Gesetzeskraft zukommt, so war doch eine gewisse Einflußnahme der Volksführung gerechtfertigt und bezweckt[47]). Dem Grade nach — das kann ruhig zugegeben werden — mag die richterliche Unabhängigkeit, insbesondere soweit sie durch die richterliche Selbstverwaltung ergänzt wird, mittelbar dadurch wenn nicht eingeschränkt, so doch zum mindesten abgestuft sein. Der Vorschlag des Oberreichsanwalts vom Jahre 1923[48]) hätte sie in vollkommenerem Maße bestehen lassen. Aber von einer Aufhebung der richterlichen Unabhängigkeit kann ge-

42) Vgl. Freisler JDR 1935/539.
43) Vgl. Mannheim S. 16.
44) Vgl. Freisler JDR 1935/538. So war es möglich, daß z. B. das OLG Hamburg im Urt. vom 27. 5. 38 = JW 1938, S. 2207, Nr. 22 unbekümmert von der Entscheidung des Großen Zivilsenats vom 13. 3. 36 = RGZ 150, S. 1 abweichen konnte.
45) Vgl. RG in ZAkDR 1938, S. 349, 340.
46) Vgl. Freisler JDR 1935/539.
47) Vgl. Freisler in DStr. 1936, S. 239.
48) Vgl. o. S. 78.

wiß nicht gesprochen werden, weil ja die Ernennung für eine bestimmte im voraus durch Gesetz festgelegte Zeit und nicht für den Einzelfall erfolgt[49]). Die Mitglieder des Großen Senates erfüllen also auch den Begriff des „gesetzlichen Richters“[50]).

c) Als weitere Mitglieder können den Sitzungen des Großen Senates hinzutreten die Präsidenten der beteiligten Senate oder die von diesen bestimmten Senatsmitglieder. Im Falle des § 136 GVG sind es so viele weitere Mitglieder als beteiligte Senate vorhanden sind, während im Fall des § 137 GVG nur ein weiteres Mitglied hinzukommt. Dagegen ist die Mitwirkung von Reichsarbeitsrichtern gestrichen worden (Streichung des § 45 AGG durch Art. 3 Ziff. 2 der Novelle). Jene Bestimmungen sollen die mit der zur Entscheidung stehenden Frage befaßten Senate, welche naturgemäß besonders in sie eingearbeitet sind, vollends wenn es Senate sind, die Spezialfragen bearbeiten, zu vollem Gewähr gelangen lassen[51]). Als volle Mitglieder sind sie auch zur Teilnahme an der Abstimmung berechtigt. Anders verhält es sich mit der aus den gleichen Gründen zugelassenen Teilnahme des Oberreichsanwalts an den Sitzungen des Großen Senates für Strafsachen (und im Großen Zivilsenat für Ehe- und Statussachen). Er kann nur seine Auffassung zu Gehör bringen, hat jedoch kein Stimmrecht.

2. Die Vereinigten Großen Senate werden gebildet durch Zusammentreten der beiden Großen Senate und bestehen somit aus dem Präsidenten, dem Vizepräsidenten und mindestens 14 Mitgliedern, insgesamt also mindestens 16 Personen. Dieser Gerichtskörper tritt an die Stelle des früheren Plenums aller Zivil- und Strafsenate.

## § 13. Die Tätigkeit der Großen Senate.

1. a) Die Bestimmung darüber, wann der Große Senat tätig zu werden hat, trifft zunächst einmal § 136 GVG. Der Wortlaut stimmt mit dem vor der Novelle geltenden Recht überein.

α) Danach ist der Große Senat für Zivil- bzw. Strafsachen anzurufen, wenn ein Zivilsenat[52]) von der Entscheidung — sei es Ur-

49) Vgl. Freisler JDR 1935, S. 538.

50) Vgl. Kern, Der gesetzliche Richter, S. 160.

51) Vgl. Amtl. Begr. S. 58.

52) Die Senate des Reichsarbeitsgerichtes stehen den Zivilsenaten im Sinne des GVG gleich, § 41 III AGG.

teil oder Beschluß — eines andern Zivilsenates oder des Großen Zivilsenates und ebenso der Große Senat für Strafsachen, wenn ein Strafsenat von der Entscheidung eines anderen oder des Großen Strafsenats in einer Rechtsfrage abweichen will und wenn die andere Entscheidung nicht vor dem 1. September 1935 ergangen war [53]).

Der Begriff Rechtsfrage muß hier, weil § 136 GVG ausschließlich der Rechtseinheit zu dienen bestimmt ist, im Sinne von Richtlinienfrage gefaßt werden, wie er schon von Schwinge [54]) für die Revision festgelegt wurde [55]). Die sog. Richtlinienfrage bezeichnet Schwinge wohl auch als rechtsgrundsätzliche Frage [54]). Damit soll jedoch nur zum Ausdruck gebracht sein, daß die betreffende Entscheidung für zukünftige Fälle einen Grundsatz auszusprechen in der Lage sein muß [56]). Es wäre aber nicht richtig, wollte man darunter etwa nur besonders wichtige Rechtsfragen verstehen.

„Die Fälle, in denen die Anrufung der Großen Senate oder der Vereinigten Großen Senate erforderlich ist, entsprechen dem geltenden Recht" [57]). Dieser Satz der amtlichen Begründung könnte angesichts des gleichgebliebenen Wortlauts des § 136 GVG dazu verleiten, auch die ganze Rechtsprechung zum § 136 aF GVG weiterhin beizubehalten [58]), jene Rechtsprechung, welche als der Ausdruck des horror pleni zu bezeichnen war. Diesen horror pleni zu beseitigen, dazu sollte aber gerade die Einführung des Großen Senats beim Reichsgerichts dienen. „Das Reichsgericht würde daher dem Willen des Gesetzgebers nicht gerecht werden, wenn es auch unter den neuen Vorschriften seine frühere Richtung weiter

53) Das ist der Tag des Inkrafttretens der Novelle und damit der Befreiung des Reichsgerichts von der Bindung an alte Urteile.

54) Vgl. Schwinge, Grundlagen S.54

55) Diesen Standpunkt teilt Graf zu Dohna (RGPraxis V, S. 39): „Die Notwendigkeit, abweichende Beurteilung verschiedener Senate vor das Plenum zu verweisen, besteht erst dann, wenn es sicher ist, daß darin ein Widerspruch liegt, der Beseitigung erheischt, weil sonst die Einheitlichkeit der Rechtsanwendung gefährdet wäre." Die Interpretation des § 136 muß also aus der Zweckbestimmung der Institution heraus erfolgen.

56) Daß also unter Rechtsfrage im Sinne des § 136 GVG nicht die sog. konkreten oder individuellen Rechtsfragen verstanden werden können, ist klar, denn bei ihnen kann es begrifflich kein „Abweichen" geben — sonst wären es eben keine individuellen Rechtsfragen. Deshalb § 136 GVG mit Recht abgelehnt z. B. in RGZ 152/258.

57) Vgl. Amtl. Begr. S. 59.

58) Wie Schwarz es tut, vgl. StPO § 136 GVG Anm. A.

verfolgen würde. Es würde ihm kaum anstehen, wenn es in seinen Entscheidungen auch künftig alle Mittel des Scharfsinns aufböte, um Entscheidungen der Großen Senate zu vermeiden“ [59]). Deshalb bedarf die frühere Rechtsprechung einer Ueberprüfung:

Daß eine Anrufung des Großen Senates dann nicht erforderlich ist, wenn die abweichende Ansicht des anderen Senates nicht die Grundlage der früheren Entscheidung war, sondern nur nebenbei ohne nähere Begründung geäußert war, wird man nach wie vor als richtig annehmen dürfen [60]). Bedenklich erscheint jedoch, wenn der Große Senat deshalb nicht angerufen wird, weil der jetzt erkennende Senat trotz abweichender Begründung dieselbe Entscheidung trifft. Darin liegt zweifellos eine Störung der Rechtseinheit (= Rechtsnormeneinheit). Zu berücksichtigen sind auch andere mögliche Fälle, in denen dieselbe Rechtsfrage zu beantworten ist, ohne daß dann bei verschiedener Auffassung das gleiche Ergebnis erzielt werden könnte. Daher ist in solchem Fall die Anrufung des Großen Senates geboten [61]).

Auf keinen Fall erscheint es angängig, eine Anrufung des Großen Senates durch eine Anfrage an den anderen Senat zu umgehen, auf welche letztere erklärt, er halte an seiner früheren Entscheidung nicht mehr fest. Dagegen hat sich schon Oetker [62]) unter dem alten Rechtszustand gewandt. Obwohl dann zwar widersprechende Entscheidungen künftig kaum zu befürchten sind (der antwortende Senat ist aber nicht gehalten, an seiner Erklärung festzuhalten und kann schließlich ohne Entscheidung des Großen Senates doch bei seiner alten Meinung verharren), liegt in der abweichenden Entscheidung eine Verletzung der gegenwärtigen Rechtseinheit. Eine solche Erklärung ist keine gerichtliche Entscheidung, also keine derjenigen gerichtlichen Aeußerungen, deren Gesamtheit die Rechtseinheit verkörpern sollen. Eine solche nur innerdienstliche Aeußerung von Senat zu Senat verhindert nicht

59) Vgl. Niethammer ErgBd zu Löwe-Hellweg zu § 136, Anm. VI, 1.

60) Vgl. Niethammer ErgBd aaO; Baumbach § 136 GVG Erl. 1. Daran hat auch das Reichsgericht festgehalten, RGZ 134/22.

61) Aehnlich Niethammer in ErgBd zu Löwe-Hellweg Anm. VI 1: „nur wenn sich nicht tiefergehende sachliche Meinungsverschiedenheiten in der verschiedenen Begründung offenbaren, sei die Anrufung des Großen Senats überflüssig.“ Uebereinstimmend wie hier Lauterjung S. 50/51.

62) Vgl. Oetker JW 1926, S. 2266; ferner Jourdan in JW 1925, S. 929. „Eine unzulässige Umgehung des § 136 GVG.“

die Offenbarung eines Widerspruchs in der Rechtsprechung des Reichsgerichts. Es können ja auch die Gründe des Senates, der sich auf Anfrage einverstanden erklärt hat, ganz andere sein als diejenigen des Senates, welcher jetzt von der älteren abweicht. Hinter einer derartigen schriftlichen Teilplenarentscheidung steht auch nicht die Verantwortlichkeit, die den Senat für seine Entscheidung trifft [63]). Selbst die gesetzliche Anerkennung dieses Verfahrens durch § 46 I S. 2 RAbgO beim Reichsfinanzhof kann es beim Reichsgericht nicht als zulässig erscheinen lassen. Daraus, daß der Gesetzgeber im Jahre 1935, bei Neufassung des § 136 GVG im Gesetz und in der amtlichen Begründung geschwiegen hat, muß vielmehr gerade gefolgert werden, daß er beim Reichsgericht solches Verfahren nicht anerkennen wollte [64]). Deshalb kann für die Zukunft eine Erklärung des Einverständnisses auf Anfrage von der Notwendigkeit der Anrufung des Großen Senates nicht befreien [65]). Die diesbezügliche Rechtsprechung ist aufzugeben.

Wenn dagegen der Senat die Rechtsauffassung, von der abgewichen werden soll, selbst schon wieder aufgegeben hatte, kann der jetzt erkennende Senat ruhig der späteren Auffassung des anderen Senates folgen, ohne daß die Rechtseinheit dadurch gestört würde. Einer Anrufung nach § 136 GVG bedarf es daher auch in Zukunft nicht.

Ebenso wird es auch einer Anrufung des Großen Senates nach § 136 GVG dann nicht bedürfen, wenn der Senat in seiner früher geäußerten Rechtsauffassung, von der ein anderer Senat jetzt abweichen will, selbst von der Entscheidung eines anderen Senates — bewußt oder unbewußt — ohne Entscheidung des Großen Senates abgewichen war, mit anderen Worten, wenn schon zwei widersprechende Entscheidungen vorliegen, welche ihre Kraft der Bindung gegenseitig aufheben [66]). Denn eine Stö-

63) So richtig Oetker JW 1928, S. 2266.

64) Auch Lobe (ArchRuWPhil Bd. 20, S. 212) hält diese Praxis mit dem gesetzlichen Zustand nicht für vereinbar.

65) Anderer Ansicht ist das RG (z. B. RGSt 69/179 oder RGZ 157/39) und Niethammer ErgBd zu Löwe-Hellweg § 136 GVG Anm. VII, welcher es für selbstverständlich hält, daß es auch in Zukunft einer Entscheidung des Großen Senats nicht bedürfe.

66) So merkwürdig es erscheinen mag, daß eine fehlerhafte Nichtanwendung des § 136 GVG eine neue Nichtanwendung rechtfertigen soll (vgl. aber S. 90, erster Absatz im Text).

rung der Rechtseinheit, welche schon gar nicht besteht, ist nicht mehr möglich. Dies gilt jedoch nicht, wenn von den bereits vorliegenden widersprechenden Entscheidungen die eine vor dem 1. September 1935 (Bindungsbefreiung!) ergangen war, während die andere nach diesem Zeitpunkt erging. In diesem Fall wird die letztere Entscheidung nicht durch die frühere Entscheidung entwertet, weil sie mit gutem Recht von der älteren Entscheidung, wenn auch unbewußt abgehen durfte. Wenn somit jetzt ein Senat zu der vor dem 1. September 1935 ergangenen Rechtsprechung zurückkehren will (nachdem schon abweichende Erkenntnisse dazwischen liegen), muß er den Großen Senat anrufen [67]).

Im übrigen, bei zwei nach dem 1. September 1935 ergangenen widersprechenden Entscheidungen besteht schon vorher keine Rechtseinheit. Sie kann also durch eine Nichtanrufung des Großen Senates auch nicht mehr gestört werden. Wohl aber kann sie hergestellt werden! — und dazu ist jetzt eine Anrufung des Großen Senates gemäß § 137 GVG geboten (wie das z. B. in RGZ 156/279 auch geschah).

Ein Abweichen von der Ansicht eines nicht mehr bestehenden Senats kann auch in Zukunft ohne Entscheidung des Großen Senats erfolgen [68]). Seit Abschaffung der Gerichtsferien (Ges. v. 7. 3. 1935) gibt es keine Feriensenate mehr, so daß diese Rechtsprechung, insoweit sie sich auf jene bezog, ohnehin gegenstandslos geworden ist [69]).

Nach wie vor darf jeder Senat von seiner eigenen früheren Rechtsauffassung abweichen. Hier sind keine nebeneinander bestehende widersprechende Entscheidungen zu befürchten. Wollte man den Großen Senat (nach § 136 GVG zwingend) einschalten [70]), so würde man die Fortbildung des Rechts unnötig erschweren.

67) Wie das der 4. Zivilsenat auch getan hat; vgl. den Beschluß des Großen Senates v. 30. 6. 1938 = JW 1938, S. 2236, Nr. 47.

68) Vgl. RGSt 69/264; auch dagegen wandte sich früher Oetker in JW 1928, S. 2266.

69) Desgl. gegenstandslos, soweit sie sich auf „nicht mehr als Revisionssenate bestehende Senate" bezog. Denn am RG gibt es seit der Beseitigung seiner erstinstanzlichen Zuständigkeit nur noch Revisionssenate.

70) Wie es beim Reichsfinanzhof ursprünglich der Fall war, aber 1930 wieder aufgehoben wurde. Vgl. o. S. 80.

Zweifelhaft mag erscheinen, wie zu verfahren ist, wenn eine Rechtsfrage bei einem anderen, vielleicht verwandten Gesetz oder in einer anderen Bestimmung desselben Gesetzes auftaucht, oder wenn bei der Neuregelung eines Rechtsgebiets Bestimmungen wörtlich übernommen werden. Die Frage, ob hier bei abweichender Beantwortung einer Rechtsfrage der Große Senat anzurufen sei, ist ganz besonders wichtig im Hinblick auf die Rechtserneuerung ohne Aenderung des Wortlautes und wird insbesondere dringlich, wenn eine neue Gesamtkodifikation (etwa die des StGB) die nach dem 1. 9. 35 schon novellierten Teile der alten Gesetze ablösen wird. Das Problem ist kurz die Frage nach der Identität der Rechtsfrage. Ist diese bedingt durch die Identität der Rechtsquelle, auf deren Boden sie erwuchs, oder ist sie bedingt durch die Identität des angewandten Prinzips, d. h. der materiellen Norm (wobei die letztere Abgrenzung nach materiellen Gesichtspunkten weit größere Schwierigkeiten in sich birgt)? Das Reichsgericht[71]) folgte, wie schon festgestellt[72]), der ersteren Auffassung, und hält ein Verfahren nach § 136 GVG für überflüssig bei Verschiedenheit der formalen Rechtsquelle. Ihm ist zuzugeben, daß der Sinn eines von einem Gesetz verwerteten Merkmals nur aus dem Sinn und Geist des ganzen Gesetzes erschlossen werden kann und deshalb in anderem Zusammenhang sehr wohl eine abweichende Deutung ertragen kann oder verlangt[73]). Das würde an sich ein Abweichen ohne Anrufung des Großen Senates im einzelnen Fall doch erst erlauben, nachdem der Nachweis geführt ist, daß Sinn und Zweck des Gesetzes eine abweichende Deutung verlangen. Denn nur dann verträgt die Rechtsfrage zwei verschiedene Beantwortungen zu gleicher Zeit. Trotzdem wäre es verfehlt, im einzelnen Fall, diesen Nachweis zu verlangen. Vielmehr kann die Erkenntnis, daß eine gesetzliche Bestimmung ihren Sinn nur aus dem Geist des ganzen Gesetzes, aus dem Zusammenhang, empfängt, allgemein der Auslegung des § 136 GVG zugrunde gelegt werden und den Senaten des Reichsgerichts ein Abweichen ohne Anrufung des Großen Senates bei Verschiedenheit der Rechtsquelle, aus welcher die Rechtsfrage erwuchs, gestattet werden, um so mehr als der

71) Vgl. RGSt 56/429; RGZ 147/316.
72) Vgl. o. S. 77 mit Anm. 16,
73) Vgl. Graf zu Dohna, RGPraxis V, S. 39.

neue § 137 GVG die Möglichkeit ergibt, daß der abweichende Senat von sich aus die Rechtsfrage durch den Großen Senat entscheiden läßt, falls er tatsächlich die Identität derselben bejahen will.

Für den besonderen Fall der Uebernahme alter Bestimmungen in ein neues Gesetz trifft Graf zu Dohna das richtige, wenn er eine weitgehende Identität auftauchender Rechtsfragen in dem Falle behauptet, daß es sich um eine bloße Neuredigierung eines sachlich nur unwesentlich veränderten Gesetzestextes handelt [74]), während er diese verneint, wenn „ein die Fundamente erfassender Wechsel der Rechtssatzung alle in seinem Bereiche auftauchenden Rechtsfragen in neue Beleuchtung rückt" [74]). Die Bindungsbefreiung, welche Art. 2 der Novelle vornahm, bedarf demnach keiner Wiederholung bei Einführung des kommenden Strafgesetzbuches oder einer sonstigen großen Kodifikation, da in diesem Fall eine Bindung an die frühere Rechtsprechung ohnehin entfällt, weil sie zu einem anderen Gesetz erging [75]).

Im ganzen ist zu sagen, daß eine Anrufung des Großen Senates immer dann erforderlich ist, wenn ihre Unterlassung eine Gefahr für die oder eine Störung der gegenwärtigen oder künftigen Rechtseinheit bedeuten würde.

Die Vereinigten Großen Senate haben nach § 136 II GVG zu entscheiden, wenn ein Senat von einer Entscheidung eines anderen Senates oder des Großen Senates der anderen Gattung oder von derjenigen der Vereinigten Großen Senate selbst abweichen will. Dadurch soll die Einheitlichkeit der Rechtsanwendung zwischen der Zivil- und der Strafrechtspflege gesichert werden.

β) Die praktische Bedeutung dieser Bestimmungen war zunächst, d. h. für die erste Zeit nach Inkrafttreten der Novelle, noch gering. Eine Entscheidung eines Großen Senates, welche nach § 136 GVG erforderlich war, ist bisher nur ein einziges Mal ergangen [76]). Das kann noch nicht als neuer horror pleni angesprochen werden, hängt vielmehr damit zusammen, daß das Reichsgericht durch Art. 2 der Prozeßnovelle von der Bin-

74) Vgl. Graf zu Dohna RGPraxis V, S. 42.

75) Diese Maßnahme zu wiederholen, ist auch nicht geplant; vgl. Gürtner, Bericht S. 416 (Krug).

76) Vgl. RG Gr S. für Zivilsachen, Beschluß vom 30. 6. 1938 = JW 1938, S. 2236, Nr. 47.

dung an alte Urteile, d. h. solche, welche vor dem 1. 9. 35 ergangen waren, befreit wurde. „Das Reichsgericht [so heißt es dort] als höchster deutscher Gerichtshof ist berufen, darauf hinzuwirken, daß bei der Auslegung des Gesetzes dem durch die Staatserneuerung eingetretenen Wandel der Lebens- und Rechtsanschauung Rechnung getragen wird." „Dieser hohen Aufgabe [77]) sei nicht allein damit gedient, daß die Mitglieder des Reichsgerichts in innerer Verbundenheit mit den Zielen der Staatsführung bereit sind, zur Erneuerung des Rechts nach ihren Kräften beizutragen" [78]). Damit es diese Aufgabe vielmehr ungehindert durch die Rücksichtnahme auf die aus anderen Anschauungen erwachsene Rechtsprechung erfüllen kann und so auch den Instanzgerichten den Weg zur Umbildung und Fortbildung des Rechts weisen kann [79]), wurde bestimmt, daß es an Entscheidungen, welche vor dem Inkrafttreten der Prozeßnovelle ergangen waren [80]), nicht mehr gebunden sei. Die Wichtigkeit dieser Bindungsbefreiung für die Rechtserneuerung „ohne Aenderung des Wortlautes" ist augenscheinlich [81]).

Die amtliche Begründung [78]) hat ein Anwachsen der Revisionen daraus nicht befürchtet [82]). Sie bringt zum Ausdruck, daß die Vorschrift nicht zu einer leichtfertigen Umstoßung und zur Aufgabe erprobter Erkenntnisse ermuntern wolle [83]). Rechtsfragen, welche innerlich unverändert fortbestünden, und jahrzehntelang ausgetragen sind, sollen nicht erneut zur Diskussion gestellt werden [84]). Aber ein allzu starker Hinweis darauf (die amtliche Begründung gehe schon etwas zu weit) ist geeignet, die Wirksamkeit dieser gesetzlichen Befreiuungsmaßnahme zu hindern [84]).

77) Das Reichsgericht hat auch selbst anerkannt, daß der Gesetzgeber eine hohe Auffassung von der Bedeutung des höchsten Richteramtes bewiesen habe; vgl. RGSt 69/276.

78) Vgl. Amtl. Begr. S. 57.

79) Unerträglich wäre es in der Tat gewesen, wenn die an keine Entscheidungen gebundenen kleineren Gerichte allenthalben das neue Rechtsdenken ihren Entscheidungen hätten zugrunde legen können (vorbehaltlich der Revision), das Reichsgericht aber an die unter anderem Rechtsdenken gefällten Rechtsentscheide gebunden gewesen wäre.

80) Das RG hat diesen Zeitpunkt in RGSt 69/275 vorverlegt auf den Zeitpunkt des Erlasses des Gesetzes.

81) Vgl. auch Freisler JDR 1935/532.

82) Soweit zu übersehen ist, ist das auch nicht eingetreten.

83) Vgl. Schäfer DJ 1935/993.

84) Vgl. Freisler JDR 1935/532.

Daher auch ist es falsch, zu verlangen, es müsse sich stets um eine „grundsatzbedingte" Entscheidung handeln, wenn das Reichsgericht die Bindungsbefreiung in Anspruch nehmen wolle [85]). Insbesondere Löning [86]) ist mit der Forderung aufgetreten, die einfache Abweichung von einer anderen vor dem 1. 9. 35 ergangenen Entscheidung sei nur dann gestattet, wenn sie — was das Reichsgericht im Einzelfall darzutun habe — unmittelbar dem Zweck diene, welcher im Vorspruch niedergelegt sei, nämlich dem durch die Staatserneuerung eingetretenen Wandel der Rechtsanschauung zum Siege zu verhelfen. Das Reichsgericht habe aber statt dessen von Art. 2 der Novelle auch in einer Reihe von Fällen Gebrauch gemacht, in denen der Zweck der Vorschrift das offenbar verbiete, so z. B. wenn es von einer Entscheidung aus dem Jahre 1934 abgewichen sei, welche mithin ja auch aus einer anderen Lebens- und Rechtsanschauung erwachsen sein müsse [87]), oder wenn es eine offensichtliche Unrichtigkeit aus dem Jahre 1928 richtiggestellt habe [88]). „Die Senate benützen das Gesetz von 1935, um den Großen Senat zu entlasten." „Der horror pleni feiert in neuer Gestalt seine Auferstehung" [88]). So lautet der Vorwurf, den Löning [86]) dem Reichsgericht macht.

Hier soll zunächst nur richtiggestellt werden, daß die Befreiung von der Bindung an vor dem 1. 9. 35 ergangene Erkenntnisse für alle Fälle gegeben war. Der Begründung Lönings, der Vorspruch habe Gesetzeskraft [89]), kann nicht gefolgt werden. Der Hinweis auf § 56 REG ändert hieran nichts. Denn dort handelt es sich um ein materiell-rechtliches Gesetz, welches zudem in § 56 selbst auf die Einleitungsworte Bezug nimmt und sie ausdrücklich zum mittelbaren Gesetzesinhalt macht. Eine solche Bezugnahme fehlt aber hier. Da es sich außerdem um eine verfahrensrechtliche Norm handelt, welche ohnehin möglichst scharf umrissen sein muß, so folgt, daß die Präambel nur das gesetzgebende Motiv zum Ausdruck bringt, ohne Voraussetzungen für die Anwendung aufstellen zu wollen. Mit Recht sagt

85) Vgl. Schäfer-Lehmann-Dörffler zu Art. 2, Anm. 1.

86) Vgl. Löning ZAkDR 1937, S. 139 ff.

87) Vgl. Löning aaO S. 141.

88) Vgl. Löning aaO S. 142.

89) Vgl. Löning ZAkDR 1937, S. 142 u. S. 303.

Günther [90]), daß es dem Reichsgericht seine hohe Aufgabe nicht erleichtern würde, wollte man ihm für jeden Fall der Abweichung von einer alten Entscheidung die Prüfung und den Nachweis auferlegen, daß jene Entscheidung gerade infolge der Staatserneuerung nicht mehr richtig sein könne. „Es wäre sinnlos, wollte man zur Korrektur offenbar unrichtiger Entscheidungen einen umständlicheren Weg verlangen, als zur Korrektur einer Entscheidung mit Rücksicht auf die Staatserneuerung" [90]). Nach allem ist also die reichsgerichtliche Rechtsprechung richtig, wenn sie ohne besonderen Nachweis des Zwecks von der Bindungsbefreiung Gebrauch macht [91]).

Es hätte wohl kaum eines Hinweises der amtlichen Begründung [92]) darauf bedurft, daß trotz Art. 2 der Novelle in ein und derselben Sache der entscheidende Senat an die im Revisionsurteil vertretene Rechtsansicht gebunden bleibt, wenn die Sache abermals an das Revisionsgericht gelangt. Dieser „auf den Prozeßgesetzen beruhenden Grundsatz" [93]) (§§ 318, 565 II ZPO) wurde denn auch vom Reichsgericht befolgt [94]), um eine Erschütterung der Grundlagen des einzelnen Rechtsstreits zu vermeiden.

b) Die zweite Bestimmung, nach welcher der Große Senat zum Tätigwerden veranlaßt werden kann, ist § 137 GVG.

Einmal hat danach der erkennende Senat das Recht, in einer Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung den Großen Senat anzurufen, wenn er es für erforderlich hält zur Fortbildung des Rechts oder zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung. Ein solches Initiativrecht war schon beim Reichswirtschaftsgericht dem erkennenden Senat gegeben und findet sich wieder beim Reichskriegsgericht [95]). Die Aufgabe des Großen Senates ist dadurch nicht unerheblich über die Verhinderung von widersprechenden Entscheidungen innerhalb des Reichsgerichts hinaus erweitert. Diese Aufgabe ist aber selbst wiederum — wie der Wortlaut des § 137 I GVG ergibt — eine doppelte: Erstens

90) Vgl. Günther ZAkDR 1937, S. 300 „Eine Erwiderung".

91) Vgl. z. B. RGZ 149/257; 150/330; 151/103, 345; 154/99, 319, 355 155/55; 156/395; RGSt 69/273, 362, 372, 401; 70/3, 301. So übereinstimmend Baumbach ZPO Bem. 1 zu Art. 2 (nach § 138 GVG), „Der Vorspruch ist [nur] richtungweisend".

92) Vgl. Amtl. Begr. S. 58

93) Vgl. Amtl. Begr. S. 58.

94) Vgl. RGZ JW 1936, S. 924.

95) Vgl. o. S. 87 und § 48. II MStGO.

soll der Rechtseinheit vorbeugend gedient werden, indem vermieden wird, „daß ein ungeklärter Zweifel über eine grundsätzliche Rechtsfrage längere Zeit das Rechtsleben beeinflußt“ [96]). Zweitens soll damit der Fortbildung des Rechts gedient werden. Denn Wahrung der Rechtseinheit bedeutet auch Wahrung einheitlicher Rechtsentwicklung [97]). In einer Rechtsordnung, welche das gesunde Volksempfinden als Rechtsquelle kennt, war auf eine gesunde Fortbildung des Rechts besonders Bedacht zu nehmen. Daher sollen Rechtsfragen, die damit zusammenhängen, möglichst frühzeitig von dem mit höchstem Ansehen ausgestatteten Großen Senat und mit Bindung für alle übrigen Senate des Reichsgerichts beantwortet werden.

Zunächst ist darzustellen, was eine Rechtsfrage „von grundsätzlicher Bedeutung“ im Sinne des § 137 GVG ist. Gewiß kommt es auch hier nicht auf die Bedeutung oder besondere Schwere des einzelnen Falles an [98]), sondern darauf, daß die auf die Frage zu gebende Antwort ein Grundsatz für die künftige Rechtsprechung sein kann. Nun wurde bereits dargetan, daß jede Rechtsfrage — um überhaupt revisibel zu sein — eine Frage von grundsätzlicher Bedeutung, eine sog. Richtlinienfrage [99]) sein muß. Daher kann mit „Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung“ im Sinne des § 137 GVG der Art nach nichts anderes gemeint sein, als was schon unter Rechtsfrage im Sinne des § 136 GVG zu verstehen ist. Trotzdem ist nicht anzunehmen, daß die Bedeutung des Zusatzes „von grundsätzlicher Bedeutung“ in § 137 GVG sich darin erschöpft, anzuerkennen, daß es auch Rechtsfragen gibt, die so sehr mit dem einzelnen Fall verknüpft sind, daß ihnen grundsätzliche Bedeutung nicht zukommt [100]) Denn solche Rechtsfragen sind als Fragen des konkreten Falls richtiger Ansicht nach [101]) schon gar nicht revisibel. Wenn aber der Zusatz überhaupt von Bedeutung sein soll — sonst stünde er wohl nicht im Gesetz —, so kann darunter nur verstanden werden, daß der auszusprechende Grundsatz eine gewisse Allgemeinheit

96) Vgl. Amtl. Begr. S. 59.
97) So sagt schon Weismann ZZP 9/178.
98) Vgl. Kohlrausch ZAkDR 1938, S. 336.
99) Vgl. Schwinge, Grundlagen S. 54.
100) Vgl. Schäfer-Lehmann-Dörffler zu § 137 GVG Anm. 1.
101) Vgl. Schwinge, Grundlagen S. 55.

und damit auch vielleicht besondere Wichtigkeit aufweisen muß. Diese Unterscheidung zwischen „grundsätzlich" (§ 136 GVG) und „allgemein grundsätzlich" (§ 137 GVG)[102]) ist allerdings nur graduell[103]). Sie enthält keinen qualitativen Unterschied, sondern nur einen quantitativen Unterschied dahingehend, daß ein „allgemeiner" Rechtsgrundsatz — um sich als solcher von einem Rechtsgrundsatz schlechthin zu unterscheiden — größere Breitenwirkungen aufweisen muß. Sie wird vielleicht deutlich an dem Beispiel, das die Anfrage des Oberreichsanwalts, welche zu dem Beschluß des Großen Strafsenats vom 23. 2. 38 (ZAkDR 1938, S. 350) geführt hat, gibt: Die (nicht gestellte) Frage: „Ist Rassenschande im Ausland strafbar, wenn der Täter die deutsche Staatsangehörige veranlaßt, dahin zu ihm zu kommen" wäre schon Richtlinienfrage im Sinne des § 136 GVG gewesen. Die Frage, ob und inwieweit Rassenschande, unter Umgehung des Gesetzes im Auslande begangen, strafbar sei, wäre von allgemein grundsätzlicher Bedeutung (im Sinne des § 137 GVG) gewesen. Noch allgemeiner — zu weitgehend — war die Frage nach der Fortgeltung des Territorialitätsprinzips überhaupt, welche der Oberreichsanwalt im Laufe des Verfahrens stellte. Indessen, welche Allgemeinheit der anfragende Senat oder der Oberreichsanwalt den von ihnen zu formulierenden Fragen geben sollen, hat er nach seinem eigenen Gutdünken zu entscheiden.

Die Anrufung des Großen Senates ist in das Ermessen des erkennenden Senates gestellt. Als Grund dafür gibt die amtliche Begründung[104]) an: es soll ermöglicht werden, den Großen Senat erst dann auf den Plan zu rufen, „nachdem eine zweifelhafte Rechtsfrage in der Rechtsprechung der unteren Gerichte und in der Rechtslehre eingehend erörtert worden ist"[104]). Indessen es ist nicht für wünschenswert zu halten, wenn mit der grundsätzlichen Klärung einer Rechtsfrage gewartet wird, bis eine

102) Eine solche Unterscheidung legt auch Freisler seinem Vorschlag des Großen Strafrechtssenates zugrunde, wenn er ihn u. a. über „allgemeine Strafrechtsgrundsätze" und nur über solche entscheiden lassen will (DStr 1936, S. 342, Z. 8).

103) Damit soll insbesondere nicht gesagt sein, daß „allgemein grundsätzliche" Fragen nur solche sein könnten, welche den allgemeinen Teil eines Gesetzbuches (etwa des StGB) betreffen.

104) Vgl. Amtl. Begr. S. 59.

große Anzahl untergerichtlicher, sich vielfach widersprechender, Entscheidungen ergangen ist. Das Gut einheitlicher Rechtsprechung ist doch wohl zu kostbar, als daß es der rechtswissenschaftlichen Erörterung geopfert werden dürfte. Der Zustand, wie er z. B. im der Frage der Ersatzhehlerei vor der Entscheidung des Reichsgerichts (4. Strafsenat vom 18. 3. 38)[105] geherrscht hat, daß nämlich aus § 259 StGB von den Untergerichten nicht weniger als vier verschiedene Grundgedanken herausgelesen wurden[105], ist ein warnendes Beispiel, welches zeigt, daß von § 137 GVG eher früher als später Gebrauch gemacht werden soll, wenn es gilt, der Gefahr der Rechtszersplitterung vorbeugend zu begegnen, wozu doch § 137 GVG gerade dienen soll.

Zum andern hat auch der Oberreichsanwalt und damit letzten Endes der Reichsjustizminister ein solches, auf Strafsachen beschränktes Initiativrecht (§ 137 II GVG). Auf seinen Antrag muß der erkennende Senat die Rechtsfrage dem Großen Senat vorlegen, ohne daß ersterem noch — wie im Fall des § 137 I GVG — ein Ermessen eingeräumt wäre zum Zweck der Prüfung, ob die Voraussetzungen dafür vorliegen. Die Gründe, welche den Oberreichsanwalt zur Stellung des Antrags veranlassen sollen, sind aber dieselben, wie diejenigen für den erkennenden Senat und auch für ihn ist Voraussetzung, daß die Rechtsfrage in einer gerade anhängigen Strafsache auftreten und erheblich sein muß[106].

2. Die Entscheidung im Großen Senat.

a) Gelangt auf eine der bezeichneten drei Arten eine Rechtsfrage zur Entscheidung an den Großen Senat (oder auch an die Vereinigten Großen Senate), so steht ihm ein Recht zur Prüfung, ob die Voraussetzungen seines Tätigwerdens gegeben sind, nur im Falle des § 136 GVG zu. Wenn hier z. B. der Große Senat feststellte, daß die ihm von einem Senat vorgelegte Rechtsfrage nur von einer früheren Entscheidung desselben Senats abweicht, so würde er die Entscheidung durch Beschluß ablehnen. Im Falle der Anrufung nach § 137 GVG dagegen steht ihm ein solches Prüfungsrecht nicht zu. Hat sich der erkennende Senat einmal zur Anfrage entschlossen, so steht dem Großen Senat keine Prüfung der Voraussetzungen seiner Zuständigkeit zu[107]. Und

105) Vgl. bei Bepler JW 1938, S. 1565.

106) Daran will die Amtliche Strafverfahrenskommission für das kommende Strafverfahren festhalten, vgl. Gürtner, Bericht S. 425 (Krug).

107) Vgl. Schäfer-Lehmann-Dörffler zu § 137 GVG Anm. 2.

ebenso bindet der Antrag des Oberreichsanwalts nicht nur den erkennenden Senat, sondern auch den Großen Senat: ersterer muß die Entscheidung der Rechtsfrage dem Großen Senat überlassen, letzterer kann die Entscheidung nicht ablehnen [108]).

Im weiteren Verfahren gewinnt der Große Senat seine Entscheidung ohne vorherige mündliche Verhandlung im Wege der Abstimmung. Entscheidend ist die Mehrheit der Stimmen (§ 196 GVG). Da sich in gewissen Fällen Stimmengleichheit ergeben kann, trifft § 131 a VII GVG die Bestimmung, daß dann die Stimme des Vorsitzenden den Ausschlag gibt [109]). Stimmberechtigt sind nicht nur die ordentlichen Mitglieder des Senats, sondern auch die von den beteiligten oder dem anrufenden Senat her dazutretenden Mitglieder. Der Oberreichsanwalt kann in Strafsachen, Ehe- und Statussachen auch in der Sitzung seine Auffassung darlegen (§ 138 II GVG). Ein Stimmrecht steht ihm nicht zu [110]).

Ergibt sich in der Sitzung, daß der Große Senat für Zivilsachen von einer reichsgerichtlichen Entscheidung in Strafsachen (welche nicht vom Großen Senat ergangen zu sein braucht) abweichen will, oder umgekehrt, so hat auch der Große Senat die Entscheidung auf die Vereinigten Großen Senate zu übertragen (§ 136 II GVG).

b) Der Inhalt der Entscheidung des Großen Senates ist nur die Entscheidung der Rechtsfrage. Die amtliche Begründung [111]) hebt hervor, daß an dieser Regelung mit vollem Bewußtsein festgehalten worden ist. Für § 136 GVG ist damit nichts weiteres zu sagen.

So klar indessen Fassung und Motive des § 137 GVG sind, so hat doch der Beschluß des Großen Strafsenats vom 23. 2. 38 [112]) Anlaß gegeben zu einem Meinungsstreit darüber, was denn die Aufgabe des Großen Senats und mithin der Inhalt seiner Entscheidung im Falle der Anrufung nach § 137 GVG sein solle. Der Große Senat hat im genannten Beschluß ausgeführt, daß ihm bei der Aufgabe, das Recht fortzubilden, kein größeres Maß von

108) Vgl. ebd. Anm. 3.

109) Während früher (§ 138 aF GVG) die Zahl der stimmberechtigten Mitglieder eine ungerade sein mußte.

110) Man beachte die außerordentliche Vereinfachung des Verfahrens vor dem Großen Senat gegenüber dem früheren Plenarverfahren.

111) Vgl. Amtl. Begr. S. 59.

112) Abgedruckt in ZAkDR 1938, S. 349.

Freiheit gegeben sei als jedem anderen Gericht[112]). Wohl sei bei der Auslegung der Gesetze in ihr innerstes Wesen einzudringen und das Gesetz als Ganzes zu erfassen, aber dabei sei Vorsicht geboten: „Die Rechtsprechung darf nicht aus Anlaß eines Einzelfalles allgemeine Grundsätze aufstellen, deren Bedeutung weit über den zu entscheidenden Fall hinausgeht und deren Tragweite das Gericht vielleicht noch nicht voll übersehen kann." Der Große Senat habe deshalb nur für die Entscheidung des dem erkennenden Senat vorliegenden Falles diesem die notwendige Richtschnur zu geben. Mit solcher Begründung wird es dann im folgenden vom Reichsgericht abgelehnt, die Frage allgemein zu beantworten, inwieweit Auslandstaten, insbesondere unter welchen Voraussetzungen, bestraft werden könnten. Entschieden wird nur für den Fall der Rassenschande, daß diese dann zu bestrafen sei, wenn der Täter die deutsche Staatsangehörige veranlaßt hat, zu diesem Zweck vorübergehend zu ihm ins Ausland zu kommen.

Nun mag es richtig sein, daß die Frage des Abweichens vom Territorialitätsprinzip dem Gesetzgeber vorbehalten sein muß[113]). Aber die Begründung, mit welcher der Große Senat eine Beantwortung dieser Frage abgelehnt hat, geht entschieden über das Ziel hinaus[114]). Der Große Senat wird angegangen in „Rechtsfragen von grundsätzlicher Bedeutung", welche — wie oben dargelegt — grundsätzlich in dem Sinne des § 137 GVG, d. h. sogar „allgemein grundsätzlich" zu fassen sind. „Eine grundsätzliche Frage aber verlangt eine grundsätzliche Antwort"[115]). Zwar ist der Große Senat — wie hervorgehoben — keine rechtsgutachliche Stelle, welche eine Rechtsfrage zu beantworten hätte, ohne den konkreten Fall zu kennen; auch er kann nur aus der einzelnen anhängigen Sache heraus die Rechtsfrage beurteilen. Aber die Antwort, welche er aus solchem Anlaß zu geben hat, darf und muß grundsätzlicher Art sein. Daß sich die Tragweite allgemeiner Grundsätze nicht restlos übersehen läßt, ist vielleicht zuzugeben. „Aber daß eine Stellungnahme zu Rechtsfragen von grundsätzlicher Bedeutung über die konkrete

112) Abgedruckt in ZAkDR 1938, S. 349.

113) Vgl. RG aaO S. 350.

114) Vgl. dazu die treffende Kritik von Kohlrausch in ZAkDR 1938, S. 335.

115) Vgl. Kohlrausch ZAkDR 1938, S. 336.

Fallentscheidung hinausgeht, ist unvermeidlich und hier geradezu geboten“ [115]). Der Grundsatz, den die Antwort enthält, muß u. U. sogar der Frage entsprechend [116]) eine gewisse Allgemeinheit aufweisen. Wie weit der Große Senat dabei zu gehen hat, ist eine Maßfrage [117]), deren Beantwortung allerdings ihm selbst überlassen werden muß. Im Interesse der Rechtseinheit und der Fortbildung des Rechts wird er dabei eher vorsichtiger zu sein haben. Was allgemein ausgesprochen wird, muß zur Entscheidung des veranlassenden Falles dienlich sein. Darüber hinaus können aber auch gleichzeitig weitere Rechtsfragen geklärt werden, die mit der zur Entscheidung gestellten Frage in Zusammenhang stehen [118]), so wie es etwa der Große Zivilsenat in RGZ 151/116 getan hat [119]). Die Befürchtung, der Große Senat sei nicht in der Lage, die Tragweite allgemeiner Grundsätze zu überschauen, kann ihn seiner Aufgabe nicht entpflichten: Wer sollte einen allgemeinen Rechtssatz besser übersehen können, als gerade der Große Senat selbst?

Um zum obigen Beispiel zurückzukehren: Die Frage der Strafbarkeit einer Rassenschande, deren Tatort zur Umgehung des Blutschutzgesetzes ins Ausland verlegt wurde, hätte ruhig allgemein beantwortet werden können, jedoch nur für die Rassenschande. Zuzugeben ist dem Reichsgericht, daß es nicht das Territorialitätsprinzip überhaupt aufheben durfte durch Aufstellung allgemeiner Grundsätze über die Strafbarkeit von Auslandstaten. Aber daß die Antwort, wie sie der Große Senat gegeben hat, doch zu eng war, als daß er eine brauchbare Richtlinie für künftige Rechtsprechung hätte darstellen können, zeigen zwei weitere inzwischen von den Gerichten abgeurteilte Fälle (RGSt 72/171 und Urteil des LG Hamburg vom 29. 4. 38 = ZAkDR 1938/569 = JW 1938, S. 2199, Nr. 10). Für beide Fälle war die Entscheidung des Großen Senates unbrauchbar [120]), wie Kohlrausch mit Recht feststellt [121]), so daß die Rechtsprechung immer noch der festen Richtlinie in dieser Frage entbehrt.

Ueber die Wirkung der Entscheidung sagt § 138 III GVG, daß

116) Vgl. o. S. 97.

117) So richtig Kohlrausch aaO S. 336.

118) Der Bericht der amtlichen Strafverfahrenskommission sagt das ausdrücklich, vgl. Gürtner, Bericht S. 426 (Krug).

119) Den Inhalt dieser Entscheidung s. u. S.104.

120) Obwohl sich der 2. Strafsenat darauf bezogen hat.

sie in der vorliegenden Sache für den erkennenden Senat bindend ist. Für die Rechtseinheit weit wichtiger ist aber, daß die Rechtsauffassung, die der Große Senat ausgesprochen hat, für die Zukunft für alle Senate der gleichen Gattung und falls es die Vereinigten Großen Senate waren, für alle Senate des Reichsgerichts überhaupt maßgebend ist. Infolgedessen besteht auch für die Untergerichte wenig Aussicht, mit einer abweichenden Ansicht in einem etwa folgenden Revisionsverfahren beim Reichsgericht durchzudringen.

Andererseits haben die Entscheidungen keine präjudizielle Bedeutung, sondern wirken nur in der Sache, in der sie ergehen (sie haben nur Rechtskraft und bindende Wirkung, aber keine Gesetzeskraft). Ein Abweichen von der Entscheidung bleibt also möglich, ist aber für die Zukunft beim Reichsgericht dem die Entscheidung getroffen habenden Großen Senat oder den Vereinigten Großen Senaten vorbehalten. Die Fortbildung des Rechts soll nicht unmöglich gemacht und nicht mehr als nötig erschwert werden, sondern nur ihre Einheitlichkeit soll gewährleistet werden.

## § 14. Bisherige Rechtsprechung der Großen Senate.

Um nunmehr zu dem mehrfach erhobenen Vorwurf eines neuen horror pleni[122]) Stellung zu nehmen, soll die bisherige Rechtsprechung der Großen Senate einer Betrachtung unterzogen werden. Dabei ist es nötig, auch auf die Fälle einzugehen, in denen das Reichsgericht auf Grund des Art. 2 der Prozeßnovelle vom 28. 6. 35 von Entscheidungen aus der Zeit vor dem 1. 9. 35 abgewichen ist.

1. Zivilsachen.

Die erste Entscheidung, die einer der Großen Senate getroffen hat, ist der Beschluß des Großen Senates für Zivilsachen vom 13. März 1936 (RGZ 150/1) über die Sittenwidrigkeit nach § 138

121) Vgl. Kohlrausch Anmerkung zum genannten Urteil des LG Hamburg in ZAkDR 1938, S. 569, 570.

122) Vgl. Löning ZAkDR 1937, S. 139 ff.; oder z. B. auch Erik Wolf in JW 1938, S. 1922.

BGB. Dazu hatte die frühere Rechtsprechung den Satz aufgestellt, daß sich die Nichtigkeit entweder auf Grund des § 138 II BGB ergebe, nämlich dann, wenn sämtliche Voraussetzungen des Wuchers vorliegen, oder aber nach § 138 I BGB: bei einem auffälligen Mißverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung, wenn als weiterer Umstand noch dazukommt , daß der Vertrag nach Inhalt, Beweggrund und Zweck — also aus einer Zusammenfassung von objektiven und subjektiven Merkmalen als sittenwidrig erscheint. Gegen diese Rechtsprechung hatte das OLG Hamburg [123]) Stellung genommen und ausgesprochen, daß schon allein das objektive Vorhandensein eines auffälligen Mißverhältnisses von Leistung und Gegenleistung die Nichtigkeit eines Vertrages nach § 138 I BGB zu begründen vermöge. Der erkennende V. Zivilsenat hätte die Möglichkeit gehabt, die Frage ohne Bindung an die ältere reichsgerichtliche Rechtsprechung (Art. 2 der Novelle) zu prüfen. Indem er aber freiwillig den Großen Senat anrief (§ 137 GVG), hat er sowohl der Fortbildung des Rechts gedient (das hätte er vielleicht allein auch vermocht) als vor allem die Rechtseinheit, soweit möglich, gesichert [124]). Hätte nur er selbst entschieden, wären weitere Revisionen an das Reichsgericht zu befürchten gewesen, da die Ansichten der übrigen sechs Zivilsenate nicht mit der seinen übereinzustimmen brauchte, der Große Senat aber, welcher dann über § 136 GVG auf den Plan hätte gerufen werden müssen, noch nicht gesprochen gehabt hätte. Die Antwort des Großen Senates lautete, daß außer dem Mißverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung eine solche Gesinnung des die übermäßigen Vorteile beanspruchenden Teiles vorliegen müsse, daß das Rechtsgeschäft nach Inhalt, Beweggrund und Zweck gegen das gesunde Volksempfinden verstößt („oder — nach dem Ausdruck der Motive zum BGB, Bd. II, S. 727 — gegen das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden“ [125]). Der Große Senat hat aber das Recht darüber hinaus fortgebildet -- was bei einem

123) Urteil vom 5. 9. 34, HansRGZ 1934/631.

124) Das Fehlen der Präjudizialbindung zeigt sich immerhin darin, daß das OLG Hamberg seinen Standpunkt, daß die Unsittlichkeit eines Rechtsgeschäfts schon wegen seines zwangsläufigen Ergebnisses bejaht werden kann, aufrecht erhalten hat im Urteil vom 27. 5. 1938 = JW 1938, S. 2207, Nr. 22.

125) So fügt die Begründung in RGZ 150/5 hinzu.

Begriff wie dem der Sittenwidrigkeit besonders wichtig erschien —, indem er hinzufügt, daß eine derartige Gesinnung auch darin zu finden sei, daß „sich ein Teil böswillig oder grobfahrlässig der Erkenntnis verschließt, daß sich der andere aus einer mißlichen Lage heraus auf die schweren Bedingungen einläßt".

In dem Beschluß vom 15. 5. 1936 [126]) hat der Große Zivilsenat zum zweitenmal gesprochen und auf Anfrage des V. Zivilsenats an der seitherigen Rechtsprechung des Reichsgerichts [127]) festgehalten, wonach in Anwaltsprozessen bestimmende Schriftsätze von einem bei dem Prozeßgericht zugelassenen Anwalt eigenhändig unterschrieben sein müssen, soweit nicht ihre Einreichung telegraphisch erfolgt. Die hier gegebene Entscheidung kann als ein vorzügliches Beispiel für die oben geforderte „allgemeine Grundsätzlichkeit" der Antwort des Großen Senates im Falle des § 137 GVG bezeichnet werden. Denn sie trifft für eine ganze Reihe, freilich als „bestimmende Schriftsätze" zusammengefaßte, Schriftsätze, wie Klagschrift, Einspruchsschrift, Rechtsmittelschrift, Rechtsmittelbegründungsschrift u. a. zu (ZPO §§ 253, 340, 518, 519, 553, 554, 569 II) und hat also jene Breitenwirkung, welche oben (S. 97) zu fordern war.

Des weiteren hat der Große Zivilsenat entschieden [128]), daß ein Gläubiger einer auf Reichsmark lautenden Forderung, welcher Devisenausländer ist, nicht in Annahmeverzug kommt, wenn er es ablehnt, die ihm angebotene Zahlung auf Sperrmarkkonto bei einer Devisenbank an Erfüllungsstatt anzunehmen. Dieser Beschluß vom 23. 5. 1936 ist insofern bemerkenswert, als hier — und ebenso in den weiteren, seitdem von ihm ergangenen Beschlüssen — der Große Senat sich nicht mehr darauf beschränkt, die an ihn gerichtete Rechtsfrage rein abstrakt zu beantworten, sondern er stellt der Begründung den Sachverhalt des konkreten Falles voran, selbstverständlich ohne in der Sache selbst zu entscheiden. Darin bringt er zum Ausdruck, daß er nicht wie ein Auslegungsgerichtshof Rechtsgutachten erstattet, sondern als Gericht aus Anlaß eines Prozesses tätig wird. Die Begründung zu dieser Entscheidung kann ferner zeigen, daß der

126) Vgl. RGZ 151/82.
126) Vgl. RGZ 151/82.
127) Vgl. zuletzt RGZ 140/72.
128) Vgl. RGZ 151/116.

Große Senat den Inhalt seiner Antwort weiter umgrenzen kann, als es die zu beantwortende Rechtsfrage unbedingt nötig macht. Wenn er anhangsweise zum Ausdruck bringt, es besteht keine Auslegungsregel des Inhalts, daß ein Streit zwischen den Belangen des ausländischen Gläubigers und des inländischen Schuldners zugunsten des zweiten entschieden werde, so würde damit auch für weitere Rechtsfragen als allein die zur Entscheidung stehende eine Richtlinie gegeben [129]).

Der weitere, schon erwähnte Beschluß des Großen Zivilsenats vom 12. 12. 1937 [130]) betraf die Frage (vorgelegt vom II. Zivilsenat), ob im Sinne der Zivilprozeßordnung (§ 547 Nr. 1) durch die ausschließliche Zuständigkeit eines Sondergerichts der Rechtsweg unzulässig werde. Der Große Senat hat seinen Beschluß dahin gefaßt, daß durch die Vorschrift des § 3, Abs. 1 der Verordnung über die Bildung von Schiedsgerichten für die landwirtschaftliche Marktregelung vom 26. 2. 1935 für die dort bezeichneten Streitigkeiten der Rechtsweg im Sinne des § 547, Nr. 1 ZPO für unzulässig erklärt werde und nicht nur die sachliche Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte ausgeschlossen werde. Wenn daher streitig wird, ob jene Vorschrift eine Streiterledigung durch die ordentlichen Gerichte zulasse oder nicht, so ist die Revision über diesen Punkt ohne Rücksicht auf die Höhe des Streitwertes zulässig. Allgemeiner hat der Große Zivilsenat in der Begründung dargelegt, daß Unzulässigkeit des Rechtswegs im Sinne des § 547 ZPO gleichbedeutend sei mit Ausschließung des ordentlichen Rechtswegs, d. h. des Rechtswegs vor den ordentlichen Gerichten. Die Trennung sei nicht zwischen Verwaltungsbehörden und Verwaltungsgerichten einerseits, sondern zwischen den ordentlichen Gerichten einerseits und allen anderen öffentlichen Stellen andererseits zu ziehen. Einer der gewichtigsten Gründe dafür sei das veränderte Rechtsdenken unserer Zeit, welches die scharfe Trennung zwischen Privatrecht und öffentlichem Recht ablehne, wodurch sich auch die bisherigen Grenzen zwischen Verwaltungsgerichtsbarkeit und bürgerlicher Gerichtsbarkeit mehr und mehr verwischen und durch Uebergänge ersetzt würden. Die Begründung schöpft also unmittelbar aus den Grundlagen des neuen Rechtsdenkens.

129) Vgl. o. S. 101.
130) Vgl. RGZ 156/279.

Die jüngste Entscheidung des Großen Zivilsenats war die erste Entscheidung eines Großen Senats, welche nicht nach § 137 GVG herbeigeführt wurde, sondern nach § 136 GVG herbeigeführt werden mußte. Dort hat der Große Zivilsenat entgegen einer zweimal geäußerten Ansicht des Reichsarbeitsgerichtes [131]) ausgesprochen, daß die Wiederholung einer Berufung innerhalb der Berufungsfrist auch dann allgemein zulässig sei, wenn die erste Berufung aus irgendeinem Grunde unzulässig war oder geworden ist. Der Große Senat hat dabei an der früheren Rechtsprechung des Reichsgerichts [132]), von welcher das Reichsarbeitsgericht abgewichen war (auf Grund der Befreiungsmaßnahme des Art. 2 der Novelle) festgehalten.

2. Strafsachen.

In Strafsachen erging die erste Entscheidung des Großen Senates am 11. Juli 1936 [133]). Sie betraf die Frage des Fortsetzungszusammenhangs. Die Anfrage des V. Strafsenats lautete: „Ist ein Fortsetzungszusammenhang bei wiederholten Verbrechen nach § 176 I, Nr. 3 StGB rechtlich möglich, wenn sich die Handlungen gegen verschiedene Kinder richten?" Der anfragende Senat hatte hier die Frage nach der Möglichkeit des Fortsetzungszusammenhangs auf den besonderen Fall des § 176 I, Nr. 3 beschränkt. Den Anlaß dazu — wie überhaupt zu der Anfrage selbst — gab anscheinend die Entscheidung des I. Senats vom 24. 1. 36 [134]), in welcher für das besondere (und einer Reihe anderer einzeln aufgezählter Sittlichkeitsdelikte) Sittlichkeitsdelikt des § 175 StGB die Möglichkeit des Fortsetzungszusammenhangs bei Begehung mit verschiedenen Männern bejaht wurde. Der Große Strafsenat hat seine Antwort allgemeiner gehalten. Es sei nicht möglich, eine fortgesetzte Handlung anzunehmen bei Straftaten, welche sich gegen Leben, Gesundheit, Ehre oder sittliche Reinheit verschiedener Volksgenossen richten und hat damit an der seitherigen Rechtsprechung festgehalten, daß bei verschiedenen höchstpersönlichen Rechtsgütern die Möglichkeit des Fortsetzungszusammenhangs entfalle. Freilich die Richtigkeit der

131) Vgl. RAG v. 13. 5. 36 = RAG 16/314 und v. 26. 6. 37 = RAG 18/285.
132) Vgl. RGZ 147/315 vom 30. 4. 35.
133) Vgl. RGSt 70/243.
134) Vgl. RGSt 70/145.

Begründung wird bezweifelt und offengelassen. Trotzdem — und trotz der speziell gehaltenen Anfrage des V. Strafsenats — gibt er diese allgemeine Antwort und tut damit im Jahre 1936 ganz richtig das, was er zu tun im Jahre 1938[135]) (Beschl. v. 23. 2. 38) abgelehnt hat. (Wiewohl einzuräumen ist, daß die Tragweite dieser allgemeinen Entscheidung verhältnismäßig leicht übersehbar war.) Diese allgemeine Antwort hat u. a. jetzt auch bewirkt, daß in der Frage des Fortsetzungszusammenhanges bei § 175 StGB jetzt alle Strafsenate des Reichsgerichts, ohne eine Entscheidung des Großen Senates, übereinstimmen, die Rechtseinheit also auch für dieses Gebiet hergestellt ist[136]).

Eine weitere Entscheidung des Großen Strafsenats[137]) diente der Fortbildung des Verfahrensrechts und seiner Ausrichtung nach dem Gedanken der materiellen Gerechtigkeit. Sie besagte entgegen der früheren Rechtsprechung des Reichsgerichts[138]), daß das Revisionsgericht eine Berichtigung der Sitzungsniederschrift auch dann zu berücksichtigen habe, wenn sie nach Erhebung einer Verfahrensrüge zu deren Ungunsten vorgenommen worden ist.

Den Anlaß zur nächsten Entscheidung des Großen Strafsenats gab der Oberreichsanwalt. Auf seinen Antrag überwies der I. Strafsenat dem Großen Senat die Rechtsfrage, was unter dem Begriff Geschlechtsverkehr im Sinne des Blutschutzgesetzes zu verstehen sei, ob nur Beischlaf, ob auch beischlafähnliche, oder überhaupt unzüchtige Handlungen. In dem Beschluß v. 9. 12. 36[139]) heißt es, daß der Begriff Geschlechtsverkehr im Sinne des Blutschutzgesetzes nicht jede unzüchtige Handlung umfasse, aber auch nicht auf den Beischlaf beschränkt sei. Er umfasse den gesamten natürlichen und naturwidrigen Geschlechtsverkehr, also außer dem Beischlaf auch alle geschlechtlichen Betätigungen mit einem Angehörigen des anderen Geschlechts, welche nach Art ihrer Vornahme bestimmt sind, an Stelle des Beischlafs der Befriedigung des Geschlechtstriebes mindestens des einen Teils zu dienen. Durch Entscheidung dieser Rechtsfrage, welche beim I. Strafsenat gleichzeitig in zwei anhängigen Straf-

135) Abgedruckt in ZAkDR 1938, S. 349; vgl. o. S. 99/100.
136) Vgl. RGSt JW 1938, S. 2334 (I. Strafsenat v. 12. 7. 38).
137) Vgl. RGSt 70/241; RG GSS v. 11. 7. 36.
138) Vgl. RGSt 43/1 (Vereinigte Strafsenate).
139) Vgl. RGSt 70/375.

verfahren auftauchte, hat der Große Senat im Wege der Auslegung eine, bei anderer Auslegung bestehende, offensichtliche Lücke des Gesetzes geschlossen. § 137 GVG und insbesondere das Antragsrecht des Oberreichsanwalts hat damit seinen Zweck, der gesunden Fortentwicklung des im Volke wurzelnden Rechtes zu dienen, in hervorragender Weise erfüllt.

Als nächste Entscheidung des Großen Strafsenats erging auf Veranlassung des Oberreichsanwalts am 23. 2. 38 der oben [140]) ausführlich besprochene Beschluß über die Strafbarkeit der Rassenschande im Ausland. Eine nochmalige Wiedergabe erübrigt sich. Hier soll nur darauf hingewiesen sein, daß mit diesem Beschluß auch der Große Strafsenat den Brauch aufgenommen hat, bei der Beantwortung der Rechtsfrage den konkreten Sachverhalt seiner Begründung voranzustellen.

Die jüngste Entscheidung des Großen Strafsenats [141]) betraf die Rechtskraft bei Kollektivverbrechen. Die dort vom III. Strafsenat gestellte Frage war offenbar in Kenntnis der vorherigen Entscheidung des Großen Strafsenats sehr speziell gefaßt und lautete: „Hindert die Rechtskraft eines Strafurteils, das den Angeklagten des Versuchs der gewerbsmäßigen Abtreibung für schuldig erkennt, ihn wegen seines weiteren Einzelfalls vollendeter Abtreibung zu verfolgen, die er vor dem früheren Urteil aus demselben Vorsatze der Gewerbsmäßigkeit begangen hat?“ Der Große Senat hat diese Frage verneint; er hat jedoch darüber hinaus seine Antwort positiv gefaßt und gesagt, eine Abtreibung verliere dadurch, daß sie gewerbsmäßig begangen wird, nicht die Eigenschaft einer selbständigen Handlung. Er hat damit zugleich die weitere, an sich nicht gestellte Frage beantwortet, wie es steht, wenn das rechtskräftige Urteil auf vollendete (nicht nur versuchte) gewerbsmäßige Abtreibung lautete und ein weiterer Einzelfall bekannt wird. Ferner wurde später aus der Begründung dieses Beschlusses derselbe Grundsatz auch für die gewerbsmäßige Hehlerei [142]) und für das Verbrechen des § 175 a StGB [143]) hergeleitet.

140) S. 97 und S, 101.

141) Vgl. RG JW 1938, S. 1513.

142) Vgl. RG (II. StrS) v. 30. 5. 1938 = JW 1938, S. 2270.

143) Vgl. RG JW 1938, S. 2334, Nr. 7.

3. Man wird angesichts dieser Rechtsprechung nicht sagen dürfen, es bestehe auch den neuen Großen Senaten gegenüber eine Scheu, sie anzurufen. Allerdings ist es richtig, daß es auf Grund des § 136 GVG seit seiner Neufassung nur einmal zu einer Anrufung des Großen Senates — und zwar des Großen Zivilsenats — gekommen ist[144]). Dazu mag — auf diesen Zusammenhang ist schon hingewiesen worden — die Befreiung des Reichsgerichts von der Bindung an vor dem 1. 9. 35 ergangene Entscheidungen beigetragen haben. (Obschon das Reichsgericht in einigen Entscheidungen, in welchen es von älteren Entscheidungen auf Grund des Art. 2 der Novelle abwich, darauf hinwies, daß es zur Anrufung des Großen Senates nach § 136 GVG ohnehin nicht verpflichtet sei[145]).

Daß das Reichsgericht von dieser Befreiungsmaßnahme Gebrauch machen kann, ohne den besonderen Nachweis, daß seine neue Auffassung gerade auf der gewandelten Lebens- und Rechtsanschauung beruhe, wurde schon oben[146]) dargetan. Hier sollen die hauptsächlichsten Fälle, in welchen das Reichsgericht von Art. 2 der Novelle Gebrauch machte, nur noch deshalb überblickt werden, um darzutun, daß hinter diesen Entscheidungen nicht der „horror pleni in neuer Gestalt seine Auferstehung feiert" — wie Löning feststellen zu können meinte[147]). Zur Richtigstellung dieser Meinung[148]) sei zunächst darauf hingewiesen, daß die Mehrzahl der neugewonnenen, von alten Urteilen abweichenden Erkenntnisse tatsächlich dazu gedient haben, die Rechtsprechung der neuen Lebens- und Rechtsanschauung anzupassen, was freilich bei Zivilurteilen vielleicht nicht immer so sehr in die Augen springen mag[149]). Am offensichtlichsten wird die Anpassung der Rechtsprechung an die neue Rechtsanschauung

144) Vgl. den Beschluß vom 30. 6. 1938 = JW 1938, S. 2236, Nr. 47, s. o. S. 106.

145) So z. B. RGZ 154/106; 154/355 („anderer Sachverhalt").

146) S. 94.

147) Vgl. Löning ZAkDR 1936, S. 139 (142), welcher allerdings damals nur einen sehr viel kleineren Ausschnitt aus der Rechtsprechung zu Art. 2 überschauen konnte.

148) Auch Erik Wolf spricht in JW 1938, S. 1922 von dem Fortbestand des horror pleni.

149) Wie Löning (ZAkDR 1938, S. 142) selbst wohl zugibt, wo er betont, daß auch das internationale Privatrecht vom Umbruch der Staatserneuerung getragen werde.

in den Strafurteilen RGSt 69/273 (275), wo die Frage der Beischlafsähnlichkeit der unzüchtigen Handlung für § 175 StGB, welche bis dahin vom Revisionsrichter festgestellt wurde, der tatrichterlichen Würdigung anheimgegeben wurde oder in RGSt 69/369 (372) ersichtlich, wo entgegen der Plenarentscheidung vom 2. 5. 34[150]) die Wahlfeststellung allgemein zulässig erklärt wurde auch schon für vor dem 1. 9. 35 begangene Handlungen. Aber auch in RGSt 70/297 (301) — (unter den Begriff der Medizinalperson im Sinne des § 174 I Nr. 3 StGB fallen auch in gewisser Weise vorgebildete Mitglieder einer klösterlichen Gemeinschaft) — und RGSt 69/360 (362) — (Abtrennungsbeschluß zum Zweck vorübergehender Beurlaubung des Angeklagten blieb unbeanstandet) — und RGSt 69/401 (402) — (es ist nur ein gewöhnlicher, kein absoluter Revisionsgrund, wenn das erkennende Gericht es unterläßt, die Prozeßbeteiligten zu hören, ehe es die Ausschließung der Oeffentlichkeit beschließt) — kommt die neue Rechtsanschauung in der neuen Rechtsprechung zum Durchbruch. In der Entscheidung RGSt 70/3 (5) wurde allerdings von einer erst im Januar 1935 ergangenen Entscheidung abgewichen. Aber die Begründung ergibt, daß hier die Rechtslage sich durch das inzwischen erlassene Volksverratsgesetz geändert hatte. Die Entscheidung des I. Strafsenats vom 24. 5. 1938[151]) endlich, welche ebenfalls von einer erst am 13. 12. 1934[152]) ergangenen Entscheidung abweicht, zieht nur eine klare Folgerung aus der Zweispurigkeit des Strafrechts, wenn sie ausspricht, daß bei der Verurteilung wegen Bettels zu einer Freiheitsstrafe und zur Unterbringung in einem Arbeitshaus die Beschränkung der Revision auf die Sicherungsfrage zulässig ist. So zeigt sich, daß das Abweichen von früheren Urteilen in Strafsachen im wesentlichen auch den in der Präambel geäußerten Motiven des Art. 2 der Novelle gerecht wurde.

Ebenso wie in Strafsachen haben auch die in Zivilsachen von Art. 2 der Novelle Gebrauch machenden Entscheidungen tatsächlich meist Probleme berührt, deren Lösung früher aus einer jetzt überwundenen Lebens- und Rechtsanschauung erfolgte (wo-

150) Vgl. RGSt 68/257.

151) Vgl. RG JW 1938, S. 2193.

152) Vgl. RG JW 1935, S. 524.

mit die Argumentation Lönings von der Benützung der Befreiungsmaßnahme zu einem neuen horror pleni hinfällig wird). So ganz besonders deutlich, wenn in RGZ 155/55 (59) der Begriff der Sittenwidrigkeit bei Ausnutzung der Rechtskraft eines materiell nicht gerechten Urteils neu festgelegt wird. Das Urteil besagt: Wer ein von ihm erstrittenes rechtskräftiges Urteil benutzt, obwohl er weiß, daß es auf dem Meineid eines Zeugen beruht und deshalb materiell unrichtig ist, handelt sittenwidrig auch dann, wenn er das Urteil nicht selbst erschlichen hat. Wenn ferner das Reichsgericht in RGZ 151/345 erstmals eine rechtsähnliche Anwendung des § 193 BGB auf Verjährungsfristen zuließ, oder wenn es nunmehr unter Sache im Sinne des § 119 II GBG auch andere als körperliche Gegenstände verstehen will [153]), so kommen auch darin (ebenso wie in zwei weiteren Entscheidungen [154])) Rechtsgedanken zum Siege, die seit 1933 besonderen Auftrieb erhielten. Erst recht gilt das von der Entscheidung RGZ 156/395, welche für den Zuschlag bei der Zwangsversteigerung beweglicher Sachen zur Staatsaktstheorie übergeht: der Ersteher einer beweglichen Sache erwirbt aus der Zwangsversteigerung wegen einer Geldforderung auch dann Eigentum, wenn die versteigerte Sache nicht dem Schuldner gehörte.

153) Vgl. RGZ 149/235.

154) RGZ 153/38 besagt in seinem vom I. Zivilsenat (RGZ 134/293) abweichenden Teil: Soweit mangels strafrechtlicher Feststellung seines Vorsatzes eine Entschädigungspflicht des Unternehmers nicht entsteht, kann einem Anspruch der Berufsgenossenschaft gegen den Schädiger (§ 1542 RVO) ein mitwirkendes Verschulden des Unternehmers nicht entgegengehalten werden, da es an der Grundlage eines Ausgleichungsanspruches (§ 426 BGB), nämlich einem inneren Schuldverhältnis zwischen Unternehmer und Schädiger fehlt. Auch aus dem Zusammenhang der Vorschriften der RVO kann nicht entnommen werden, daß trotzdem ein für den Unfall ursächliches Verschulden eines ihr angehörenden Betriebsunternehmers der Berufsgenossenschaft entgegengehalten werden könnte. — In der Begründung wird stark auf die öffentlich-rechtliche Natur des Anspruchs auf Entschädigung gegen die Berufsgenossenschaft abgewogen, so daß Senatspräsident Kersting zum gleichen Ergebnis selbst für den Fall kommt, daß ein dolus des Unternehmers strafrechtlich festgestellt ist, weil § 1542 RVO eine abschließende Regelung der Rechtsbeziehungen zwischen Berufsgenossenschaft und Schädiger sei. Vgl. Anm. Kersting zu RGJW 1937/745, Nr. 8.

RGZ 145/319 (320) besagt: daß die Auslegung eines Prozeßvergleichs Sache des Tatrichters sei. Das Revisionsgericht hat darüber nur zu entscheiden, wenn Streit besteht, ob der Vergleich den Rechtsstreit ganz oder teilweise beendet, weil er nur insofern eine Prozeßhandlung, im übrigen ein privatrechtlicher Vertrag ist.

Wenn im übrigen die Befreiungsmaßnahme benutzt wurde in einem einzigen Fall zur Richtigstellung einer offensichtlichen Fehlentscheidung [155]) und in vier weiteren Fällen [156]) zur Abweichung von allerdings nach dem Staatsumschwung ergangenen Urteilen [157]), so kann daraus doch nicht auf eine neue Plenarscheu geschlossen werden, wie Löning es tat. Denn einmal — das ist zu den letztgenannten vier Fällen zu sagen — wird die neue Lebens- und Rechtsanschauung erst allmählich in allen Einzelheiten geklärt, woraus durchaus ein Bedürfnis entstehen kann, von einer Rechtsprechung der Jahre 1933 bis 1. 9. 1935 abzuweichen [158]). Zum andern zeigt der reichliche Gebrauch, den das Reichsgericht im übrigen von dem neuen § 137 GVG gemacht hat, daß es in grundsätzlichen Rechtsfragen keinesfalls den Großen Senat zu umgehen gewillt ist. Schließlich ist auch noch auf den jüngsten Beschluß des Großen Zivilsenats [159]) hinzuweisen, welcher

155) RGZ 151/103 beachtet gegenüber früher (Warn 1928, Nr. 64) die Rückverweisung des dänischen Rechts auf die für die Scheidung maßgeblichen Gesetze des Wohnsitzstaates.

156) RGZ 149/257, zum Inhalt vgl. Anm. 158.

RGZ 150/330: Rechtsfrage, ob ein verurteilendes Erkenntnis der Vorinstanz etwa nur deshalb aufgehoben werden darf, weil zur Zeit des Erlasses des Revisionsurteils eine in diesem Zeitpunkt erforderliche Devisengenehmigung nicht oder nicht mehr vorliegt. Frage der revisionsrichterlichen Tatsachennachprüfung des Vorliegens der Genehmigung.

RGZ 154/99 spricht aus: die Bestimmung eines Bezugsberechtigten bei einem Lebensversicherungsvertrag stellt die Ausübung eines Gestaltungsrechtes dar, vergleichbar mit der Erbeinsetzung. Daher ist die Frage nach ihrer Nichtigkeit wegen Verstoßes gegen die guten Sitten wie bei einem einseitigen Rechtsgeschäft zu behandeln, so daß es auf die Kenntnis des Versicherers nicht ankommen kann und der von dem Verfügenden verfolgte unsittliche Zweck zur Herbeiführung der Nichtigkeit ausreicht.

RGZ 154/355 spricht die Anwendbarkeit der §§ 182, 185 BGB auf die Zustimmung des Vormerkungsberechtigten (für ein Ankaufsrecht) zu einer Hypothek oder Grundschuldbestellung aus.

157) Welche also auch noch aus alter Lebens- und Rechtsanschauung gefällt wurden? — so fragt Löning ZAkDR 1937, S. 141.

158) Das kommt m. E. in der RGZ 149/257 zum Ausdruck, welche sich in Widerspruch setzte zu RGZ 143/155 (9. 2. 34), indem sie aussprach, daß im Konkursverfahren für solche Forderungen, die ohne Vorrechte angemeldet und festgestellt worden sind, Vorrechte noch nachträglich beansprucht werden können.

159) Vom 30. 6. 1938 = JW 1938, S. 2236, Nr. 47.

auf Grund des § 136 GVG gefaßt wurde (allerdings ohne daß dabei die Möglichkeit bestanden hätte, auf Grund der Befreiungsmaßnahme des Art. 2 der Novelle von den hinderlichen Urteilen abzuweichen).

Die Vereinigten Großen Senate sind bisher nicht in Tätigkeit getreten.

## Viertes Kapitel

## Wahrung der Rechtseinheit unter den höchsten deutschen Gerichtshöfen.

Die bisher behandelten Maßnahmen dienten der Wahrung der Rechtseinheit innerhalb des Reichsgerichts und im Verhältnis zwischen ihm und den ihm untergeordneten Gerichten. Sie würden nur dann genügen, wenn das Reichsgericht das eine oberste Gericht der deutschen Rechtspflege wäre. Neben ihm bestehen aber eine Mehrzahl weiterer oberster Gerichtshöfe (abgesehen von den Reichsverwaltungsgerichten der Volksgerichtshof und das Reichskriegsgericht). Die Rechtseinheit, als Gebot von Gerechtigkeit und Rechtssicherheit, muß auch im Verhältnis dieser höchsten Gerichte untereinander hergestellt werden. Das zum mindesten in denjenigen grundsätzlichen Rechtsfragen, mit welchen sich bald der eine Gerichtshof, bald der andere von ihnen zu befassen hat.

### § 15. Rechtseinheit der gesamten Strafrechtspflege.

Die hier vom Gesetzgeber noch zu lösende Aufgabe ist zunächst besonders dringlich auf dem Gebiet der Strafrechtspflege: neben dem Reichsgericht als dem höchsten Gericht der bürgerlichen Strafrechtspflege stehen in der jetzigen Gerichtsverfassung der Strafrechtspflege: einmal das Reichskriegsgericht, das in einem gewissen beschränkten Umfang erstinstanzliches Tatgericht, namentlich aber Revisionsgericht in allen für revisibel erklärten Militärstrafsachen ist (§§ 56, 359 MStGO). Zum andern der Volksgerichtshof als erst- und letztinstanzliches Gericht für das Gebiet der Verratsdelikte (sog. politische Strafrechtspflege[1]).

1. Die Rechtseinheit in der bürgerlichen Strafrechtspflege wird gewährleistet durch den Großen Strafsenat beim Reichsgericht.

1) Vgl. Freisler, „Dringende Fragen ..." DStr 1936, S. 323.

Innerhalb der Militärstrafrechtspflege erfüllt die gleiche Aufgabe das Reichskriegsgericht und sein Großer Senat. Dem Volksgerichtshof indessen fehlt eine solche Einrichtung. Ehe man nun die Rechtseinheit unter diesen drei Gerichten wird herstellen können, muß sie zuerst innerhalb eines jeden von ihnen gewährleistet sein. Deshalb bedarf es zunächst der Schaffung eines Arbeitskörpers, welcher auf dem Gebiet der politischen Strafrechtspflege die Rechtseinheit garantiert. Als solcher kommt nach dem Vorbild der beiden anderen Gerichte, bei denen sich der Große Senat bereits bewährt hat, ein Großer Senat beim Volksgerichtshof in Betracht [2]). Diesen Weg will auch die amtliche Strafverfahrenskommission gehen: „Als geeignete Maßnahme erschien der Kommission, einen Großen Senat beim Volksgerichtshof zu schaffen und diesen in der gleichen Weise zu behandeln wie den beim Reichsgericht [3]). Dieser hätte in Tätigkeit zu treten, sobald ein Senat des Volksgerichtshofs in einer Rechtsfrage von der Entscheidung eines anderen Senates oder des Großen Senates beim Volksgerichtshof abweichen will. Nach dem Vorbild des § 137 II GVG wäre ein entsprechendes Antragsrecht auch der Reichsanwaltschaft einzuräumen [4]). Darüber hinaus bestünde die Möglichkeit, die ebenfalls zum Bereich der politischen Strafrechtspflege gehörenden Sondergerichte bei den Oberlandesgerichten an dieses Rechtsmittelsystem anzuschließen: „Jedes politische Strafgericht müßte gehalten werden, im Falle des Abweichens von der Rechtsprechung des Volksgerichtshofs (sei es eines gewöhnlichen oder des Großen Senates), oder wenn es dies im Interesse der Rechtseinheit für erforderlich hält, die Rechtsfrage dem Großen Senat des Volksgerichtshofs vorzulegen.“ Dessen Entscheidung müßte bindend sein für das anrufende Gericht [5]).

2. Die weitere Frage ist sodann die, wie die Rechtseinheit zwischen diesen drei obersten Strafgerichten untereinander herzustellen sei. Daß auch dieses Ziel erreicht werden muß, ergibt sich aus folgenden Gründen: Die Zuständigkeit des Reichskriegsgerichts beruht im wesentlichen auf einer persönlichen Grund-

2) So der Vorschlag Freislers aaO S. 334.

3) Vgl. Gürtner, Bericht S. 418 (Krug, Die Wahrung der Rechtseinheit).

4) Vgl. Freisler, „Dringende Fragen ...“ DStr 1936, S. 336.

5) So, jedoch mit Einschränkungen, Freisler aaO S. 336.

lage [6]). Sie wird begründet durch Heraushebung eines bestimmten Personenkreises aus der Zuständigkeit des Reichsgerichts und des Volksgerichtshofes. Während die Zuständigkeit der letzteren beiden Gerichte sachlich abgegrenzt ist, ist demgegenüber die Zuständigkeit des Reichskriegsgerichtes sachlich überhaupt nicht eingeschränkt gegenüber jenen, sondern nur personell beschränkt (§ 1 MStGO i. d. F. v. 29. 9. 36). Das Reichskriegsgericht wird also neben jenen beiden alle Straftatbestände auszulegen bzw. durch Rechtsschöpfung zu ergänzen haben. Aber auch bei sachlicher Zuständigkeitsabgrenzung, wie zwischen Reichsgericht und Volksgerichtshof, besteht die Gefahr der Rechtszersplitterung. Denn die allgemeinen Lehren des Strafrechts werden hier wie dort angewandt. Die drei bestehenden voneinander unabhängigen Gerichte haben also dieselben Rechtssätze anzuwenden, und dieselben Gesetzeslücken durch Rechtsschöpfung auszufüllen. Es bestehen aber keinerlei Bestimmungen für sie, um ihre Rechtsprechung untereinander in Einklang zu bringen. Diese Gefahr der Rechtszersplitterung muß beseitigt werden [7]). „Der jetzige Zustand ist unhaltbar" [8]).

Um diese Rechtseinheit herzustellen [9]), gebe es verschiedene Möglichkeiten. Der eine Weg kann schlagwortartig mit den Worten: „Rechtseinheit durch Gerichtseinheit" umschrieben werden und muß wohl als die idealste Lösung des Problems gelten [10]). Den Weg dazu zeigt § 35 II MStGO aF v. 4. 11. 33/23. 11. 34, nämlich: Bildung von Sondersenaten innerhalb des Reichsgerichts anstatt von Sondergerichten außerhalb des Reichsgerichts. Diesen Weg hätte man sowohl hinsichtlich des Reichskriegsgerichts als auch des Volksgerichtshofs zunächst gehen

6) Ueber den Umfang der Militärgerichtsbarkeit vgl. Stock, „Die militärische Gerichtsverfassung und ihr Verhältnis zur allgemeinen Gerichtsbarkeit" in „Wehrstrafrecht und allgemeines Strafrecht", S. 135.

7) Vgl. Freisler, Dringende Fragen .... DStr 1936, S. 339.

8) Vgl. Gerland ZWehrR Bd. 1, S. 272.

9) Was bei der Neugestaltung des bürgerlichen Strafverfahrens und der MStGO gesetzlich geschehen soll (vgl. Begründung zur VO v. 5. 9. 1936 B zu Nr. 19). In der Tat erscheint das in diesem Zeitpunkt besonders dringlich. Denn dann wird den nach einem neuen Verfahrensrecht arbeitenden Spruchkörpern die Aufgabe zufallen, ein neues materielles Strafrecht einzuspielen.

10) Weismann (ZZP 9/184) meinte sogar, der einheitliche oberste Gerichtshof sei die Bedingung, unter welcher allein das Ziel der Rechtseinheit erreicht werden könne.

können. In diesem Sinne wollte Freisler[11]) zunächst die Anregung geben, den Volksgerichtshof zu einem derartigen einzigen Reichsstrafgericht auszubauen, wodurch das Reichsgericht auf ein reines oberstes Zivilgericht beschränkt worden wäre — eine seiner Tradition und seinem Ansehen nicht gerecht werdende Lösung. Gerade umgekehrt meinte Oetker[12]), der Volksgerichtshof werde in Zukunft dem Reichsgericht organisch einzugliedern sein.

Man hat diesen Weg bisher nicht beschritten. Es muß vielmehr mit der nunmehr feststehenden Tatsache der mehreren Spitzengerichte gerechnet werden[13]). Denn die Gründe[14]), die dazu geführt haben, den Volksgerichtshof als besonderes Gericht der politischen Strafrechtspflege zu errichten und alle Gründe[14]), die zur Errichtung des Reichskriegsgerichts als höchstem Gericht für den besonderen Personenkreis der Soldaten geführt haben, bestehen fort und schließen somit eine Strafgerichtseinheit, welcher zuliebe von den drei obersten Gerichtshöfen zwei ihr selbständiges Dasein opfern müßten, aus[15]).

3. Es besteht somit nur die Möglichkeit, aber auch die Notwendigkeit, ein die drei Gerichte verbindendes Arbeitsgremium zu schaffen. Wenn einmal auch der Volksgerichtshof seinen Großen Senat bekommen haben wird, so liegt es nahe, daß die Großen Strafsenate der drei Gerichte zu einem Vereinigten Großen Strafsenat vereinigt werden. Dabei wird es im allgemeinen genügen, wenn die nicht übereinstimmenden Senate zum Vereinigten Großen Senat zusammentreten. Eine Beschränkung dieses Vereinigten Großen Strafsenats auf Fragen, welche die Anwendung und Weiterbildung allgemeiner Strafrechtsgrundsätze einschließlich der Bildung neuer Straftatbestände aus dem gesunden Volksempfinden unmittelbar betreffen (wie sie Freisler[16]) vorschlägt), wäre im Interesse der Rechtseinheit zu bedauern. Sie muß allseitig gewährleistet werden[17]).

11) Vgl. Freisler ZAkDR 1935, S. 90 ff.
12) Vgl. Oetker GS 107 (1936)/46.
13) Vgl. auch Gerland ZWehrR 1/271.
14) Welche hier des näheren nicht zu erörtern sind.
15) Insbesondere die unterschiedliche Behandlung von politischer und bürgerlicher Strafrechtspflege wird bestehen bleiben müssen; vgl. Freisler, Dringende Fragen ... DStr 1936/321 ff., 328, 340.
16) Vgl. Freisler, Dringende Fragen ... DStr 1936, S. 342 Vorschlag Ziff. 8.
17) Vgl. auch Gerland ZWehrR 1, S. 269.

Auch die Vorschläge der amtlichen Strafverfahrenskommission sehen einen derartigen Vereinigten Großen Strafsenat zunächst jedenfalls zwischen Reichsgericht und Volksgerichtshof vor [18]).

Zweifelhaft kann aber sein, wie die Möglichkeit bzw. Notwendigkeit der Anrufung dieses Arbeitskörpers ausgestaltet werden soll. Das Vorbild der reichsgerichtlichen Regelung (§§ 136, 137 GVG) würde ergeben, daß eine Anrufung jedenfalls immer nur auf Grund einer anhängigen Sache möglich ist und daß die Entscheidung den in dieser Sache befaßten Senat bindet. Das Gremium müßte also Gericht sein, seine Entscheidung Rechtskraft haben. Abweichend von §§ 28 FGG, 79 GBO wäre auch ihm nur die Entscheidung der Rechtsfrage zu übertragen. Eine Sachentscheidung durch den Vereinigten Großen Strafsenat, welche zwar die Erledigung der Sache beschleunigen würde, empfiehlt sich aus jenen Gründen nicht, welche überhaupt die Trennung des bürgerlichen, politischen und militärischen Spitzenstrafgerichtshofs bedingen.

In zwei Punkten weichen die Vorschläge Freislers ab: Wie schon für den Großen Senat beim Volksgerichtshof, so schlägt er für den Vereinigten Großen Strafsenat vor [19]), daß eine Anrufung durch die Reichsanwaltschaft auch noch nach Urteilsverkündung, mit welcher beim obersten Gericht die Rechtskraft zusammenfällt, also nach Erledigung der Sache möglich sein müsse. Ferner solle den Entscheidungen des Vereinigten Großen Strafsenats nicht nur Rechtskraft, sondern Gesetzeskraft beigelegt werden [20]). Auch Gerland [21]) möchte seinen Entscheidungen Gesetzeskraft beigelegt haben. Er weist jedoch auf die Schwierigkeit hin, welche in der Frage liegt, ob die Gesetzeskraft für alle Gerichte bindend sein solle oder nur für die bei der Entscheidung beteiligten, also die beiden dissentierenden Gerichte. Sein Vorschlag, eine partielle Gesetzeskraft zu schaffen, wäre der Rechtseinheit wenig dienlich. Denn das dritte, unbeteiligte Gericht

18) Vgl. Gürtner, Bericht S. 427 (Krug).

19) Vgl. Freisler, Dringende Fragen ... DStr 1936, S. 336.

20) „Seinen Entscheidungen sollte man für künftige Fälle zwingende Kraft beilegen." Vgl. Freisler, Dringende Fragen ... DStr 1936, S. 342. Er befindet sich in beiden Punkten in Uebereinstimmung mit dem Vorschlag von Blomeyer-Gerland-Zeiler in DJZ 1931/1348, 1350.

21) Vgl. Gerland ZWehrR 1, S. 271.

könnte von einem solchen „Gesetz" abweichen. Richtiger wäre dann schon, eine Gesetzeskraft für alle drei Gerichte vorzusehen und den dritten Großen Strafsenat stets an der Entscheidung zu beteiligen.

Indessen muß es überhaupt fraglich erscheinen, ob den Entscheidungen des Vereinigten Großen Strafsenates Gesetzeskraft zuzubilligen sei. Eine Aenderung, welche die stetige Fortentwickelung des Rechts notwendig macht, könnte folgerichtig dann nur der Gesetzgeber selbst treffen [22]). Damit aber der Aufgabe der Fortentwicklung des Rechts der Vereinigte Große Strafsenat ebenfalls dienen kann, wäre es vielleicht zweckmäßiger, seinen Entscheidungen überhaupt nur Rechtskraft zuzubilligen, so daß eine spätere Aenderung der Rechtsauffassung auf Anruf eines jeden Senats, der dies für nötig hält, durch das Gericht selbst möglich ist. Wahrung der Rechtseinheit bedeutet — wie gesagt — auch Wahrung einheitlicher Rechtsentwicklung [23]). Letztere wäre so weniger erschwert.

Auch die amtliche Strafverfahrenskommission [24]) hält, die Freiheit der Rechtsprechung betonend, daran fest, daß der Vereinigte Große Strafsenat keine Rechtsgutachterstelle werden soll, sondern ein Rechtsprechungsorgan bleiben soll, dessen Entscheidungen Rechtskraft, nicht Gesetzeskraft haben sollen.

Ebenso wird an dem Grundsatz, daß der Vereinigte Große Strafsenat nur aus Anlaß einer anhängigen noch nicht rechtskräftig entschiedenen Strafsache tätig wird, zweckmäßigerweise festzuhalten sein [25]). Dadurch wird erreicht, daß der Große Senat nur in den Fällen bemüht wird, in denen ein Bedürfnis dafür vorhanden ist. Endlich wird an der bindenden Kraft der Entscheidung des Vereinigten Großen Strafsenats für den erkennenden Senat in der betreffenden Sache festzuhalten sein.

22) Jedenfalls ist in dem Vorschlag nicht die Rede davon, daß der Vereinigte Große Strafsenat selbst wieder von seinen Sprüchen abweichen durfte. Und selbst wenn, wodurch könnte er dazu veranlaßt werden, wenn die Rechtsprechung, welche er zu kontrollieren hätte, nicht abweichen dürfte von seinen mit zwingender Kraft ausgestatteten Entscheidungen.

23) Vgl. Weismann ZZP 9/178.

24) Vgl. Gürtner, Bericht S. 426 (Krug).

25) Wie das auch die amtliche Strafverfahrenskommission für den Großen Senat beim Reichsgericht ebenfalls beibehalten will; vgl. Gürtner, Bericht S. 426 (Krug).

Denn die Rechtseinheit ist nicht nur für die Zukunft zu verbürgen, die Gerechtigkeit verlangt das auch schon für die Gegenwart. Eine Ausnahme, wie sie Freisler im Interesse der raschmöglichsten Aburteilung des konkreten Falles in Erwägung zieht[26]), wäre höchstens für die politische Strafrechtspflege des Volksgerichtshofes tragbar. Im Grundsatz wird die Tätigkeit alle drei höchsten Strafgerichte verbindenden Spruchkörpers nicht Rechtsauslegung, sondern Rechtsprechung sein müssen[27]).

## § 16. Notwendigkeit der Rechtseinheit auf dem gesamten Gebiet des Rechts.

1. Wenn so durch die Schaffung eines obersten Großen Strafsenats der drei Spitzengerichte die Einheitlichkeit der deutschen Strafrechtspflege sichergestellt wird, so erhebt sich die weitere Frage, wie es mit der Rechtseinheit zwischen Zivil- und Strafrechtspflege steht. Im geltenden Recht ist für die Zivilrechtspflege und den einen Zweig der Strafrechtspflege, nämlich derjenigen des Reichsgerichts, die Rechtseinheit gewährleistet (§ 136 II GVG). Aber das wird nicht genügen. Es gibt auch Rechtsfragen, die bald von den Zivilgerichten, bald von den politischen oder Militärstrafgerichten zu beantworten sind. Die Gründe, welche den Gesetzgeber veranlaßten, innerhalb des Reichsgerichts für die Einheitlichkeit der Zivil- und Strafrechtspflege zu sorgen, treffen auch im Verhältnis der ersteren zu der politischen und militärischen Strafgerichtsbarkeit zu. Die völkische Gesamtrechtsordnung läßt sich nicht aufspalten in verschiedene begrifflich scharf getrennte Rechtsgebiete, welche eine voneinander unabhängige Rechtspflege ertragen könnten.

2. Letzteres gilt auch für das Verwaltungsrecht und seine Gerichtsbarkeit, die Verwaltungsrechtspflege, welche an ein künftiges System zur Wahrung der Rechtseinheit im Verhältnis der obersten Gerichte zueinander angeschlossen werden muß:

Das geplante Reichsverwaltungsgericht wird nach § 56 eines bis jetzt vorliegenden privaten Entwurfs[28]) nach dem Vorbild des

26) Vgl. Freisler, Dringende Fragen .... DStr. 1936, S. 341.

27) So spricht Grau, Bericht S. 113, von der künftigen Rechtsprechungstätigkeit dieses Gremiums.

28) Vgl. Scholz S. 194.

Reichsgerichts einen Großen Senat zur Wahrung der Rechtseinheit und Fortbildung des Rechts besitzen. Die Rechtseinheit innerhalb des Bereichs der Verwaltungsgerichtsbarkeit (eine Verbindung zur Wahrung der Rechtseinheit zum mindesten mit dem Reichsfinanzhof erscheint unerläßlich) und nicht auch im Verhältnis zur Zivil- und Strafrechtspflege zu sichern, wird jedoch nicht genügen.

Die Rechtsprechungsaufgaben überschneiden sich auch hier. Die in vielen Reichsgerichtsurteilen (Zivilsachen) erörterte Frage, inwieweit Rechtsgedanken des bürgerlichen Rechts auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts entsprechende Geltung haben, wird auch das kommende Reichsverwaltungsgericht beschäftigen. Und umgekehrt ist z. B. die verschiedene Beantwortung der Frage nach der Wirkung einer Sicherungsübereignung durch das Reichsgericht und den Reichsfinanzhof bekannt. Ebenso offensichtlich sind die Zusammenhänge zwischen Verwaltungsgericht und Strafgericht. Wenn beispielsweise das Verwaltungsgericht in der heute noch umstrittenen Frage nach dem Grundsatz der Gewerbefreiheit auf den vom Gesetzgeber offengelassenen Wirtschaftsgebieten sich auf den Standpunkt stellte, daß dieser nicht fortbestehe [29]), der Strafrichter aber würde dem gegenteiligen Standpunkt [30]) folgen und Zuwiderhandlungen gegen ein polizeiliches Genehmigungserfordernis nach § 143 I Nr. 1 GewO nicht bestrafen — solche Beispiele ließen sich vermehren [31]) —, so wäre das Ansehen der Verwaltungsrechtspflege auf das höchste gefährdet. Es liegt also nicht nur im Interesse der Rechtseinheit, sondern auch im eigenen Interesse der Verwaltungsrechtspflege, daß sie an ein System angeschlossen wird, das die Einheit der gesamten deutschen Rechtspflege sichert.

29) Vgl. SächsVG v. 23. 10. 36 = ZAkDR 1937/121 m. Anm.; ThürOVG v. 4. 3. 36 = RVBl 1936/316; Württbg. VGH v. 17. 6. 1936 = RVBl 1936/972.

30) Vgl. PreußOVG v. 22. 2. 34 = OVG 100/217 = JW 37, S. 1031; auch JW 1938, S. 988.

31) Ein Beispiel dieser Art vgl. JW 1927, S. 1268, Nr. 26, an welches Görres die Bemerkung knüpft (Anmerkung aaO): „Schlagender als an diesem Beispiel kann der Zwiespalt höchstrichterlicher Rechtsprechung und die Notwendigkeit einer einheitlichen Spruchstelle kaum dargelegt werden." (Es handelte sich um Freispruch des RG auf Anklage wegen nichtgenehmigten Schankbetriebs einer Bahnhofswirtschaft, weil nicht genehmigungspflichtig [§ 6 GewO, § 16 V RBahnG]; entgegen OVG JW 1926, S. 735, wo Konzessionspflicht bejaht.)

3. Nun kann natürlich der Aufbau eines kommenden endgiltigen Gerichtsverfassungsrechts nicht vorausgesehen werden. Letzten Endes könnte die Einheit der Rechtspflege vielleicht doch durch eine Gerichtseinheit wenigstens oberster Instanz gesichert werden, indem ein Reichsgericht, gegliedert in Zivil-, Straf- und Verwaltungssenate geschaffen würde [32]). Indessen wenn die Gründe, welche die gesonderte Verwaltungsrechtspflege bedingen (besonderes Verfahren, besonders geschulte Verwaltungsrichter) dies nicht zulassen [33]), so muß nach einer anderen Lösung gesucht werden:

Dabei taucht nun der Vorschlag auf, eine Uebertragung der Vorschriften, welche bisher zum Ausgleich widersprechender Entscheidungen innerhalb ein und desselben Gerichtshofes bestehen (z. B. §§ 136—138 GVG), auf das Verhältnis der obersten Gerichtshöfe untereinander vorzunehmen [34]).

Diese Methode erscheint zunächst naheliegend vor allem, um die Einheit der Rechtsprechung zwischen Zivilrechtspflege und gesamter Strafrechtspflege herzustellen dadurch, daß eine Verbindung geschaffen würde zwischen den drei Großen Strafsenaten und deren Vereinigung einerseits und dem Großen Zivilsenat des Reichsgerichts andererseits nach Art des § 136 GVG. Dabei erhebt sich aber sofort die Befürchtung: Schon dieser Spruchkörper wäre vielleicht doch zu umfangreich [35]) und dadurch kaum vor der Schwerfälligkeit und Arbeitsunfähigkeit des einstigen reichsgerichtlichen Plenums zu bewahren. Freilich werden die Fälle, in denen er in Tätigkeit zu treten hätte, nicht allzu häufig sein. Um so schwerwiegender wäre die Gefahr, daß er in den wenigen Fällen, wo es nötig wird, umgangen würde.

Und nun gar ein Anschluß eines oder mehrerer Großen Senate

32) Nicht aus justizstaatlichen Gesichtspunkten heraus, sondern allein aus dem Bedürfnis der Rechtseinheit. Ein solcher Aufbau hätte jedenfalls den Vorzug der Einfachheit und Klarheit für sich. Der Vorschlag stammt aus dem Jahre 1925 (vgl. bei Scholz S. 45, Anmerkung 2).

33) Ueber die Notwendigkeit der Trennung der Verwaltungsgerichtsbarkeit vgl. Scholz S. 46; ferner v. Köhler S. 261, sowie E. R. Huber in DR 1935, S. 404, „Justiz und Verwaltung" (S. 401 ff.).

34) Vgl. Jahn in JW 1931, S. 1778 (1780).

35) Im Fall der Vereinigung des Großen Zivilsenats mit dem Vereinigten Großen Strafsenat hätten die Mitglieder von vier Großen Senaten zusammenzutreten.

von Verwaltungsgerichten würde zu einem allzu verwickelten und daher wirkungsunfähigen System der Sicherung einheitlicher Rechtsprechung führen.

Und doch erscheint die Schaffung einer Ausgleichsinstanz zwischen unseren höchsten Gerichtshöfen in der Tat als eine der dringendsten Neuerungen. Wenn man berücksichtigt, daß eine solche Instanz von dem als Gericht tätigen erkennenden Senat ohnehin eine Stufe weiter entfernt ist als der Große Senat, so könnte zur Wahrnehmung dieser Aufgabe vielleicht am zweckmäßigsten ein beim Reichsgericht und unter dessen Vorsitz zu bildendes Auslegungsgericht geschaffen werden — ein Arbeitskörper, der sich aus Mitgliedern aller Großen Senate zusammensetzen würde. Hier (nicht schon beim Vereinigten Großen Strafsenat) wäre also abzugehen vom System des rechtsprechenden Großen Senats und überzugehen zu einem zwischen Gesetzgebung und Rechtsprechung stehenden Organ [36]). Seinen Entscheidungen, die ja nur in wenigen ganz grundsätzlichen Fragen ergehen würden, könnte zwingende Gesetzeskraft beigelegt werden.

Der Auslegungsgerichtshof ist ein Vorschlag, der allerdings aus dem konstitutionellen oder parlamentarischen Staate stammt [37]). Die den Vorschlag begründenden Umstände waren dabei: Erstens die Gesetzgebungsmaschine war zu langsam und zu schwerfällig, um auftauchende Rechtsfragen von sich aus rasch und sicher zu lösen [38]). Dies war auch der Grund, warum Zeiler den damaligen § 137 GVG (Plenarentscheidung des Reichsgerichts) nicht für ausreichend hielt [39]). Zweitens, es fehlte damals schon ein einheitliches oberstes deutsches Gericht. Gegen den Vorschlag sprach vor allem die in ihm enthaltene Durchbrechung des Grundsatzes der Gewaltentrennung: einerseits werde der Einfluß des Parlaments geschmälert, wenn ein Gericht mit Gesetzgebungsbefugnissen ausgestattet werde [40]). Andererseits werde dem höchsten

36) Die Denkschrift des NSRechtswahrerbundes (S. 97) zur Neuordnung des Strafverfahrens schlägt einen Beauftragten des Führers zur Wahrung der Rechtseinheit gegenüber den in der Praxis auftauchenden Widersprüchen vor.

37) Vgl. etwa Zeller, „Ein Gerichtshof für bindende Gesetzesauslegung" 1911; und abgeschwächt Blomeyer-Gerland-Zeller DJZ 1931, S. 1348.

38) Vgl. Zeiler, Ein Gerichtshof .... S. 8.

39) Vgl. Zeiler, Ein Gerichtshof .... S. 36.

Gericht eine noch höhere Verwaltungsstelle vorgesetzt[41]).

Ohne daß näher auf den damaligen Vorschlag und das umfangreiche Für und Wider eingegangen zu werden braucht, läßt sich sagen: Die einstigen Voraussetzungen und Argumente zu diesem Vorschlag sind im wesentlichen weggefallen. Bestehen geblieben ist nur das eine: das Fehlen e i n e s obersten Gerichts in Deutschland. Aber die Zersplitterung der Gerichtsverfassung und die daraus resultierende Gefahr für die Rechtseinheit genügt, um den Vorschlag erneut zur Sprache zu bringen.

Dieses Auslegungsgericht könnte eine Ueberdachung nicht nur der Zivil- und Strafrechtspflege, sondern gleichzeitig auch der Verwaltungsrechtspflege darstellen, indem auch das oder die Reichsverwaltungsgerichte ihm untergeordnet würden.

So würde ein Auslegungsgerichtshof alle höchsten deutschen Gerichtshöfe überwölben und mit der zwingenden Kraft seiner Entscheidungen die Rechtseinheit unter ihnen herstellen, bewahren und entwickeln.

40) Vgl. bei Zeiler selbst in ArchRuWPhil Bd. 4, 1910/11, S. 650.
41) Vgl. Zeiler, Ein Gerichtshof . . . : S. 22.

## Lebenslauf

Am 18. Januar 1916 wurde ich, arischer Abstammung, deutscher Staatsangehörigkeit, evangelisch, in Ulm a. D. als Sohn des jetzigen Studiendirektors a. D. Dr. Ludwig Wendelstein und seiner Ehefrau Lydia geb. Sauer geboren. Nach dreijährigem Besuch der Grundschule in Backnang besuchte ich vom Frühjahr 1925 ab die Lateinschule mit Realabteilung in Backnang und deren städtische Oberklassen (Realgymnasium) und legte im Frühjahr 1934 am Realgymnasium Schw. Hall die Reifeprüfung ab. Nach Erfüllung meiner Arbeitsdienstpflicht wandte ich mich dem Studium der Rechtswissenschaft zu, das ich im WS 1934/35 an der Universität Tübingen begann. Ich habe außerdem an den Universitäten Breslau, Kiel und München (drittes, viertes und fünftes Semester) gehört und bestand am 21. Mai 1938 (nach zwei weiteren Semestern in Tübingen) vor dem Prüfungsamt des Oberlandesgerichts Stuttgart die erste juristische Staatsprüfung. Am 1. August 1938 wurde ich zum Gerichtsreferendar ernannt und bin zur Zeit als solcher im Bezirk des Oberlandesgerichts Stuttgart tätig.

Im Laufe meines Studiums habe ich die Vorlesungen und Uebungen folgender Herren Professoren besucht: Dahm, Eißer, Exner, Feine, Fischer, Genzmer, Helfritz, Hueck, Kern, Kreller, Müller-Erzbach, Nagler, Nöll von der Nahmer, Riezler, San Nicolo, Schaffstein, Schmidt-Rimpler, Schoetensack, Schönborn, Schönfeld, Siebert, Stoll, Walz.

Die Anregung zu der vorliegenden Arbeit hat mir Herr Professor Dr. Eduard Kern gegeben.

Hartmut Wendelstein.